

DOTTRINA

Valerio Speciale

LE «ESTERNALIZZAZIONI» DEI PROCESSI PRODUTTIVI DOPO IL D.LGS. N. 276 DEL 2003: PROPOSTE DI RIFORMA

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. Esternalizzazione di attività produttive e segmentazione dell'impresa. — 3. Le innovazioni legislative in tema di trasferimento di azienda, appalti di servizi e intermediazione di mano d'opera. — 4. La necessità di una riforma della disciplina delle esternalizzazioni e le ragioni dell'economia. — 5. La somministrazione di mano d'opera e l'appalto. — 6. Segmentazione del processo produttivo e nuove forme di tutela del lavoro subordinato: la codatorialità e la sua influenza sui costi delle imprese. — 7. I criteri per individuare i rapporti di integrazione contrattuale e i limiti di tutela connessi alla condivisione del rapporto di lavoro. — 8. La parità di trattamento economico e normativo e la responsabilità solidale tra committente e appaltatore. — 9. *Segue*: La codatorialità sostanziale tra impresa appaltante e fornitore del bene o del servizio. — 10. Conclusioni.

1. — *Introduzione* — La riforma della disciplina del trasferimento di azienda e di ramo d'azienda, l'introduzione di una nozione lavoristica di appalto di opere o di servizi e la regolamentazione della somministrazione a termine e a tempo indeterminato sono tra le innovazioni più significative introdotte dal d.lgs. n. 276 del 2003. La nuova normativa segna in questo caso una forte discontinuità con la disciplina preesistente e ha la chiara ambizione di fornire una regolamentazione compiuta del fenomeno delle «esternalizzazioni» del processo produttivo, attraverso la utilizzazione di istituti giuridici diversi (e a volte, come vedremo, anche in competizione tra loro).

La volontà riformatrice è certamente apprezzabile, soprattutto in considerazione dei mutamenti intervenuti nel sistema produttivo. In modo sintetico, infatti, e rinviando agli approfondimenti successivi, si può dire che soprattutto negli ultimi anni si sono verificati due fenomeni, tra loro spesso intrecciati, di assoluta novità. Il primo consiste nella sempre maggiore diffusione di appalti di servizi a favore delle imprese caratterizzati dalla bassa intensità organizzativa e prevalenza del lavoro o nei quali l'organizzazione è composta essenzialmente da beni immateriali e non da macchine o attrezzature. Il secondo è identifica-

bile nella esternalizzazione dei processi produttivi, realizzati con l'affidamento ad altri imprenditori di funzioni o attività aziendali prima svolte direttamente. Le situazioni descritte si inseriscono nel fenomeno della segmentazione del processo produttivo, nel contesto, oltretutto, di una nozione «smaterializzata» di azienda, intesa più come luogo di elaborazione di conoscenze e di organizzazione di attività da altri realizzate che come struttura di produzione diretta.

Le innovazioni delineate creavano inevitabili «tensioni» (1) con alcune discipline vigenti e in particolare con la legge n. 1369 del 1960. Quest'ultima, infatti, nonostante gli sforzi interpretativi della giurisprudenza più recente (tendente ad ammettere la legittimità della mera fornitura di lavoro per certi tipi di attività e a condizione che l'appaltatore fosse un vero imprenditore con gestione e organizzazione autonoma) (2), sembrava ostacolare il pieno riconoscimento delle nuove forme di appalto di servizi (anche perché non mancavano sentenze di segno diverso) (3). Inoltre la disciplina del trasferimento di ramo d'azienda, anche se recentemente riformata, non sembrava adatta a favorire le esternalizzazioni, perché la nuova regolamentazione aveva già dato vita a interpretazioni giurisprudenziali assai contrastanti (4), con u-

(1) R. De Luca Tamajo, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, in Aa.Vv., *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, a cura di R. De Luca Tamajo, Esi, Napoli, 2002, pp. 13 ss.

(2) Cass. 25 giugno 2001, n. 8643, in *LG*, 2001, p. 1175; Cass. 18 marzo 2000, n. 3196. Si vedano anche le sentenze citate da P. Ichino, *Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa*, in *DLRI*, 1999, pp. 237 ss., da R. Del Punta, *Appalto di mano d'opera e subordinazione*, in *DLRI*, 1995, pp. 630 ss., e da P. Albi, *Interposizione illecita e organizzazione dei mezzi necessari secondo la legge n. 1369/1960*, in *RIDL*, 2003, II, pp. 536 ss., oltre le osservazioni di M. T. Carinci, *La fornitura di lavoro altrui*, in M. T. Carinci, C. Cester, *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, *Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, coordinato da F. Carinci, Ipsoa, Milano, 2004, p. 8.

(3) In tal senso, ad esempio, Cass. 30 ottobre 2002, n. 15337 (in *RIDL*, 2003, II, pp. 536 ss.), secondo la quale, anche in appalti con modesti mezzi strumentali, per la liceità del contratto non è sufficiente la «mera assunzione e retribuzione nonché (la) gestione amministrativa del personale».

(4) Si considerino, ad esempio, Cass. 22 luglio 2002, n. 10701, e Cass. 23 luglio 2002, n. 10761, da un lato, e Cass. 15 novembre 2002, n. 16155, e Cass. 14 dicembre 2002, n. 17919, dall'altro, che attribuiscono un significato diverso al concetto di articolazione autonoma coincidente con un ramo d'azienda (identificabile anche con la sola forza lavoro per le prime e con strutture organizzative materiali per le seconde). Si rinvia, sul punto, all'analisi di R. Romei, *Azienda, impresa, trasferimento*, in *DLRI*, 2003, pp. 56 ss.

na norma (art. 2112 cod. civ.) che, tra l'altro, non era certo pensata per tutelare i lavoratori nei processi di decentramento produttivo.

In sostanza il quadro normativo era ancora insufficiente a disciplinare le innovazioni intervenute nel sistema economico. Se, dunque, le riforme erano necessarie, va detto che la scelta seguita dal *Libro bianco* prima e dal d.lgs. n. 276 del 2003 poi è quella di una regolazione... deregolativa (per utilizzare un ossimoro). Il legislatore, infatti, ha introdotto innovazioni «forti» che cambiano in misura radicale l'assetto normativo (e che esprimono, in qualche caso, un vero e proprio «eccesso di regolamentazione»). Tuttavia la «stella polare» delle riforme è quella di facilitare i processi di esternalizzazione riducendo le garanzie e le tutele dei lavoratori coinvolti, in una visione incentrata prevalentemente (se non esclusivamente) sulle esigenze delle imprese (5).

A distanza di due anni e mezzo dall'entrata in vigore della riforma è possibile tentare un primo bilancio e delineare alcune prospettive di cambiamento. La finalità di questo lavoro è essenzialmente quella di definire, in chiave di politica del diritto, delle ipotesi di modifica della disciplina legislativa esistente. La vastità del tema e la complessità degli istituti giuridici coinvolti non consentiranno certamente un'analisi dettagliata delle innovazioni che andrebbero introdotte. Lo scopo è quello di fornire alcune linee guida che dovrebbero orientare il disegno riformatore, per assicurare «il governo» dei nuovi fenomeni che caratterizzano la realtà produttiva, in una logica assai diversa da quella seguita dal d.lgs. n. 276 del 2003. Se, infatti, la segmentazione dell'impresa è un fenomeno reale che non può certo essere negato o ignorato, è altrettanto vero che garantire ai lavoratori coinvolti una effettiva protezione è un'esigenza ineludibile (a meno di non voler abdicare alla stessa funzione del diritto del lavoro).

2. — *Esternalizzazione di attività produttive e segmentazione dell'impresa* — Per individuare le possibili linee di un intervento riformatore, è opportuno descrivere le caratteristiche economiche e organizzative dei processi di articolazione dell'impresa oggi esistenti. In tale ambito si utilizzeranno le acquisizioni da tempo delineate dalla letteratura economica, sociologica e giuridica che ha analizzato questi fenomeni.

Si è rilevato che «i nuovi modelli di produzione sono incentrati sulla segmentazione del processo produttivo in molteplici fasi, cia-

(5) V., *infra*, par. 3.

scuna delle quali viene affidata a una diversa impresa. Pertanto, il sistema di produzione basato sull'integrazione verticale – contraddistinto dal fatto che la produzione dei beni o dei servizi necessari per confezionare un prodotto finito si svolgeva nell'ambito di un'unica impresa – viene rimpiazzato da un regime in cui le singole attività necessarie all'esecuzione del ciclo produttivo risultano frazionate, e numerose imprese si fanno carico della complessiva realizzazione di un bene destinato al mercato. Non a caso si è parlato, al riguardo, di «disintegrazione verticale» (6). Il processo descritto, che rientra nell'ambito del fenomeno delle esternalizzazioni o dell'*outsourcing* (7) e del passaggio a un sistema economico «post-fordista» (con il progressivo declino della produzione industriale di massa), si è svolto con fasi diverse. In un primo momento, l'*outsourcing* si è realizzato con il decentramento a soggetti esterni di attività non strategiche per l'impresa, che può così concentrarsi sul *core business*, delegando ad altri determinate funzioni anche molto importanti (ad esempio tutta o parte della produzione) ma che non vengono ritenute essenziali per la realizzazione del valore finale. L'evoluzione successiva, connessa all'accresciuta importanza delle tecnologie informatiche e della elaborazione di conoscenze (*know-how*), è quella della «impresa rete»: in questo caso la finalità è nella gestione della conoscenza, realizzata con l'organizzazione di una rete con la quale il *know-how* (applicato ai prodotti, ai processi, ai meccanismi di funzionamento) può essere scambiato e coordinato e in cui la *core competence* «non è tanto saper

(6) L. Corazza, «Contractual Integration» e rapporti di lavoro, Cedam, Padova, 2004, p. 3.

(7) Su tali aspetti, oltre a L. Corazza, citata nella nota precedente (a cui si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche), si vedano, tra gli altri, A. De Paolis, *Outsourcing e valorizzazione delle competenze*, Angeli, Milano, 2000, pp. 37 ss.; R. Virtuani, *L'outsourcing nei sistemi informativi aziendali*, Angeli, Milano, 1997; S. Vicari, *L'outsourcing come strategia per la competitività*, in Aa.Vv., *I processi di esternalizzazione*, cit., pp. 71 ss.; M. Revelli, *La sinistra sociale*, Bollati Boringhieri, Torino, 1997, pp. 63 ss.; G. Standing, *Global labour flexibility*, Mc. Millan Press Ltd., Basingstock, London, 1999, pp. 122 ss.; F. Butera, *Il castello e la rete*, F. Angeli, Milano, 1991; P. Ichino, *Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa*, cit., pp. 203 ss.; R. Del Punta, *Mercato o gerarchia? Il disagio del diritto del lavoro nell'era delle esternalizzazioni*, in *Dir. merc. lav.*, 1999, pp. 49 ss.; U. Carabelli, *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo*, in *DLRI*, 2004, pp. 75 ss.; M. L. Vallauri, *Outsourcing e rapporti di lavoro*, in *Digesto delle discipline privatistiche – Sezione commerciale, Aggiornamento*, Utet, Torino, 2003, pp. 722 ss.

fare una certa attività del processo produttivo, ma diventa saper fare bene il mestiere di chi coordina le attività degli altri» (8).

Lo sviluppo più recente vede l'affiancamento all'*outsourcing* tradizionale, in cui si delega una parte dei processi (ad esempio la produzione) ad altra impresa che a tempo indeterminato garantisce lo svolgimento di queste attività, anche di altre forme di esternalizzazione con finalità diverse (ad esempio l'affidamento esterno della gestione dei rapporti con la clientela, delle certificazioni di qualità, di funzioni specialistiche quali il *marketing*, le vendite e così via) (9). È interessante osservare come, sia nella forma tradizionale che in quella più evoluta, l'integrazione tra le imprese sia un carattere essenziale di queste nuove forme di organizzazione della produzione: integrazione che può essere più o meno forte a seconda del modello organizzativo utilizzato, ma che comunque esiste in quanto costituisce la stessa essenza del fenomeno (la creazione di una «organizzazione reticolare») (10). I rapporti all'interno della rete possono comportare che i soggetti che la compongono operino in luoghi distinti dal punto di vista spaziale (e siano in collegamento tra loro con mezzi tradizionali e oggi soprattutto informatici). Oppure, secondo il fenomeno della esternalizzazione *intra moenia*, le imprese operano in uno stesso ambiente, «il cui effetto è quello di far lavorare in stretta contiguità spaziale lavoratori dipendenti da datori di lavoro giuridicamente differenti, con quanto ne consegue in termini di difficoltà di discernere dove iniziano e dove finiscono le organizzazioni dell'uno e dell'altro datore» (11).

Le ragioni economiche e organizzative delle esternalizzazioni sono diverse. Una prima spiegazione è rinvenibile nella teoria dei costi di transazione di W. Coase e successivamente sviluppata da altri studiosi. Secondo questa interpretazione, le relazioni tra i soggetti che operano

(8) S. Vicari, *L'outsourcing come strategia per la competitività*, cit., p. 74. Lo stesso Autore osserva, tra l'altro, che «non è detto (anzi moltissime ricerche dimostrano che non è così) che il valore maggiore si crei per l'impresa che ha l'iniziativa, mentre è abbastanza evidente che il valore viene soprattutto generato e poi raccolto da chi ha la maggiore capacità di coordinamento della rete, cioè da chi ha la capacità di coordinare tutto il flusso dei processi» (S. Vicari, *op. ult. cit.*, p. 74).

(9) S. Vicari, *op. ult. cit.*, pp. 75 ss. Si rinvia anche a L. Corazza, M. L. Vallauri, U. Carabelli, M. Revelli, G. Standing e F. Butera citati nella precedente nota 7.

(10) U. Carabelli, *Organizzazione del lavoro e professionalità*, cit., p. 78, al quale si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche.

(11) U. Carabelli, *op. ult. cit.*, p. 78; R. De Luca Tamajo, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, cit., pp. 14 ss.

sul mercato si traducono in «transazioni» (e cioè in contratti), da cui derivano costi, definiti appunto come «costi di transazione» (12). L'impresa, con la concentrazione in un unico contesto di fattori organizzativi di diversa natura, consente di risparmiare i costi di transazione, in quanto evita che l'imprenditore sia tenuto a rinegoziare continuamente con una serie di contratti tutti gli elementi di cui ha necessità per lo svolgimento della propria attività produttiva. Al contrario, tramite un'unica organizzazione imprenditoriale, egli conclude un solo contratto (o una quantità più ridotta di accordi) rispetto a una serie di contratti che invece sarebbe molto più costosa. La stessa esistenza del rapporto di lavoro subordinato troverebbe spiegazione in questo meccanismo (13). Inoltre, la concentrazione di tutte le attività nell'impresa consente all'imprenditore di gestire in modo più efficiente i vari fattori della produzione, perché gli attribuisce un potere di coordinamento molto più flessibile ed efficace di quello che deriverebbe dalla molteplicità delle relazioni contrattuali che giornalmente sarebbe tenuto a effettuare (14).

Ovviamente, anche il coordinamento dei fattori produttivi effettuato all'interno dell'impresa produce dei costi, definibili come «costi di organizzazione». Se questi ultimi sono inferiori a quelli derivanti dalle relazioni di mercato, l'imprenditore avrà convenienza a utilizzare la struttura gerarchica dell'impresa piuttosto che la pluralità dei rapporti

(12) R. H. Coase, *La natura dell'impresa*, in *Impresa, mercato e diritto*, Il Mulino, Bologna, 1995, pp. 73 ss.; O. E. Williamson, *Le istituzioni economiche del capitalismo*, F. Angeli, Milano, 1987 (che parla di «economia dei costi di transazione»: *op. ult. cit.*, p. 87).

(13) P. Ichino (*Il contratto di lavoro*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, continuato da L. Mengoni, II, Giuffrè, Milano, 2000) sottolinea che, in base a questa teoria, con un unico contratto di lavoro subordinato si «negoza una volta per tutte un [...] obbligo di obbedienza» del lavoratore, per evitare di «dover rinegoziare a ogni passo le modalità di svolgimento delle prestazioni di chi con lui collabora e poterle invece conformare alle esigenze che via via si presentano [...] con il puro e semplice esercizio unilaterale del potere direttivo» (p. 258). In tale senso anche M. Pedrazzoli, *La parabola della subordinazione: dal contratto allo status. Riflessioni su Barassi e il suo dopo*, in *ADL*, 2002, p. 272.

(14) R. H. Coase, *La natura dell'impresa*, cit., pp. 79 e 145 ss. Sulla teoria di Coase si rinvia a L. Costabile, *Ordine spontaneo o ordine negoziato? Conflitti e risoluzione dei conflitti nella nuova teoria economica delle istituzioni*, in *Istituzioni e mercato del lavoro*, Esi, Napoli, 1998; R. Del Punta, *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, in *DLRI*, 2001, pp. 33 ss. (ma anche pp. 27 ss. su Williamson); L. Corazza, «Contractual integration», cit., pp. 65 ss.; P. Ichino, *Il contratto di lavoro*, cit., pp. 379 ss.; U. Carabelli, *Organizzazione del lavoro e professionalità*, cit., pp. 75 ss.

negoziali esterni. Al contrario, l'incremento dei costi organizzativi interni, che può dipendere sia dalla crescita dimensionale dell'impresa (e dei maggiori oneri che ciò comporta) sia da fattori esterni (anche di carattere normativo), può indurre l'imprenditore a «tornare al mercato», e cioè a singoli contratti negoziati di volta in volta che gli consentono di ottenere i fattori produttivi a un prezzo minore (15). In questo ambito, le esternalizzazioni si spiegherebbero con la crescita dei costi interni, connessi, per i rapporti di lavoro subordinato, all'incremento di tutele legali e contrattuali che riducono i poteri di gestione flessibile del lavoro da parte dell'imprenditore e, per gli altri fattori produttivi, alla maggiore economicità di quelli negoziati esternamente. Pertanto, vi sarà convenienza a procurarsi lavoro (o altri beni e servizi) tramite contratti con imprese esterne che garantiscano, a un costo inferiore, gli stessi prodotti o servizi prima svolti internamente (16).

Gli sviluppi ulteriori della *Transaction Costs Economics* (17) hanno messo in evidenza che la creazione di relazioni contrattuali stabili con fornitori esterni riduce i costi di transazione. Infatti la perduranza nel tempo del rapporto e la possibilità di definire, all'interno di un unico contratto, le variabili che di volta in volta si presentano (e che non sono prevedibili al momento della sua stipulazione) garantiscono al committente una flessibilità assai accentuata della gestione dei fattori produttivi. Tra l'altro, la stabilità del rapporto negoziale crea vincoli di dipendenza economica tra le imprese connessi agli investimenti specifici in essi realizzati. La dipendenza è ovviamente più accentuata per chi fornisce l'opera e il servizio (soprattutto se opera in una situazione di mono-committenza o di numero assai ridotto di «clienti»), ma ha un riflesso anche per il committente (che investe in relazioni organizzative con il fornitore, la cui interruzione gli arrecherebbe, in ogni caso, un danno). Si è sottolineato che «se le imprese coinvolte in queste operazioni di decentramento sono indipendenti sotto il profilo giuridico, una tale autonomia non è riscontrabile nelle loro relazioni economiche. In questo senso si può parlare di un modello intermedio tra gerarchia e mercato: vicino al mercato, perché si tratta di contratti sti-

(15) R. H. Coase, *La natura dell'impresa*, cit., p. 80 (ma si veda anche p. 85 sui costi di organizzazione e sulla dimensione dell'impresa); P. Ichino, *Il contratto di lavoro*, cit., pp. 381 ss.; L. Corazza, «Contractual integration», cit., pp. 70 ss.

(16) L. Corazza, «Contractual integration», cit., p. 70; P. Ichino, *Il contratto di lavoro*, cit., pp. 381 ss.

(17) O. E. Williamson, *Le istituzioni economiche del capitalismo*, cit.

pulati tra imprese giuridicamente indipendenti; non distante dai meccanismi gerarchici in forza della dipendenza economica che si instaura tra le imprese» (18).

Quelle indicate, peraltro, non sono le uniche ragioni alla base dei fenomeni di esternalizzazione. Oltre alla riduzione dei costi, l'*outsourcing* consente di concentrare risorse umane e finanziarie sul *core business* e permette, inoltre, di utilizzare le competenze specialistiche di altri soggetti su attività non strategiche (o, secondo i modelli più recenti, anche su quelle vitali, come la gestione della clientela). Essa, poi, oltre alla maggiore flessibilità operativa, garantisce anche una maggiore misurabilità dei risultati della propria attività e dell'attività dei *partners* con cui la prima è collegata (19) e, in alcuni casi, un miglioramento dell'immagine (20). Infine, a fronte di un mercato caratterizzato da notevoli fluttuazioni della domanda e della produzione, consente di scaricare sull'impresa esterna «le negatività» del ciclo (riducendo, ad esempio, le commesse), senza necessità di dover incidere sul proprio organico per adeguarsi alle ridotte capacità produttive (21).

Le motivazioni delle esternalizzazioni sopra indicate sembrano trovare conferma nel sito dell'*Outsourcing Institute*, che è un'organizzazione internazionale che raggruppa le società interessate dal fenomeno. In tempi recenti sono stati pubblicati i dati di un'analisi a campione riferita a 1410 membri, secondo la quale le ragioni fondamentali dell'affidamento a soggetti imprenditoriali esterni delle proprie attività vanno rinvenute: a) nella riduzione e nel controllo dei costi operativi (17%); b) nel miglioramento della capacità dell'azienda di focalizzare i propri obiettivi principali (16%); c) nel liberare risorse per il perseguimento di altri fini (12%); d) nell'avere accesso a capacità esterne specialistiche e di livello internazionale (22).

(18) L. Corazza, «*Contractual integration*», cit., p. 103 (ma, per gli aspetti indicati nel testo, v. pp. 88 ss.).

(19) S. Vicari, *L'outsourcing come strategia per la competitività*, cit., pp. 72 e 78.

(20) U. Carabelli, *Organizzazione del lavoro e professionalità*, cit., p. 76.

(21) R. De Luca Tamajo, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, cit., p. 19; R. Del Punta, *Mercato o gerarchia?*, cit., p. 50.

(22) Si vedano i risultati raccolti in *Outsourcing Essentials*, Vol. 3, n. 4, Winter 2005, pubblicato da *The Outsourcing Institute* e reperibili nel sito www.outsourcing.com. Nel *Rapporto Censis sulla situazione sociale del paese 2002* (Angeli, Milano, 2002), in relazione a un *panel* di 70 tra i maggiori gruppi industriali, bancari e assicurativi, si rilevano risultati analoghi anche se con priorità leggermente invertite (in quanto la «focalizzazione sugli obiettivi strategici» prevale sulla «riduzione dei costi o-

Va rilevato che le ricerche empiriche prima descritte, oltre a mettere in evidenza che le ragioni poste alla base della segmentazione dell'impresa non sono riconducibili soltanto alla diminuzione degli oneri economici a carico delle imprese, dimostrano anche che la *Transaction Costs Economics* può spiegare solo in parte le esternalizzazioni. I costi di transazione, infatti, sono soltanto quelli connessi alla selezione del *partner* contrattuale, alla fase di contrattazione vera e propria, e quelli necessari a rendere esecutivo l'accordo (23). Al contrario l'affidamento all'esterno di attività più o meno *core* trova fondamento anche nella riduzione dei *costi operativi* e cioè di quelli che attengono alla concreta gestione del contratto di esternalizzazione, come nel caso, ad esempio, dei minori oneri connessi alle retribuzioni applicate dall'appaltatore (inferiori rispetto a quelle del committente), o alla utilizzazione da parte dell'impresa appaltatrice di tecnologie o tecniche organizzative che rendono meno costoso il prodotto o il servizio e così via. Sempre nell'ambito delle convenienze economiche diverse dai costi di transazione, l'esternalizzazione può essere conseguenza anche del fatto che determinate attività, svolte all'interno, hanno costi organizzativi superiori a quelli esterni (perché, ad esempio, è più oneroso formare internamente competenze specifiche piuttosto che utilizzare quelle messe a disposizione dal fornitore del bene e del servizio).

Non sembrano esservi dati certi sulla diffusione del fenomeno delle esternalizzazioni, che si è particolarmente sviluppato nell'ambito della *Information and Communication Technology* (24), anche in concomitanza con la crescita dei servizi avanzati a favore dell'impresa (25). Nel *Rapporto Censis 2002*, nell'ambito dell'analisi della diffusione delle nuove tecnologie informatiche, si è osservato che all'epoca erano in atto «in-

perativi», in un quadro dove molta importanza hanno anche «l'accelerazione dei processi di cambiamento» e il «reperimento di competenze e funzioni non disponibili all'interno dell'azienda»).

(23) L. Corazza, «*Contractual integration*», cit., p. 66 (cui si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche), che parla di «costi di ricerca» del contraente, di «costi di negoziazione» (connessi alla fase contrattuale) e di «costi di esecuzione», legati ai meccanismi per ovviare all'inadempimento di una delle parti.

(24) S. Vicari, *L'outsourcing come strategia per la competitività*, cit., p. 71, il quale, con riferimento all'Italia, sottolinea che non vi sono dati in generale sull'*outsourcing*, ma che, nell'ambito della *Information Technology*, «nel 1999 essa ammontava a 2850 miliardi di lire, con un tasso di crescita significativo del 25% dal '98 al '99».

(25) Si è rilevato che, in relazione alle esternalizzazioni, «le statistiche dell'ultimo decennio sulla "terziarizzazione" dell'economia italiana indicano proprio nei servizi avanzati il settore che ha presentato i maggiori tassi di crescita, fino a rappresentare il

tensi processi di *outsourcing*, cioè di conferimento di alcune funzioni ad aziende terze: dal commercio elettronico, alla comunicazione, al monitoraggio del mercato, fino alla gestione del personale e alla formazione a distanza» (26) e, in tempi più recenti, si è parlato di uno scenario caratterizzato da delocalizzazioni o dall'affidamento «delle commesse a sub-fornitori» (27). Si è rilevato, peraltro, che vi sarebbe, a livello internazionale, una riduzione delle esternalizzazioni, che al contrario avrebbero ancora rilievo determinante in Italia (28). Non va dimenticato, d'altra parte, che la struttura più tradizionale di impresa «verticale», che concentra in sé le funzioni principali ed esternalizza solo quelle del tutto estranee al proprio ciclo produttivo (ad es. la mensa, le pulizie, il trasporto delle merci), costituisce ancora una presenza del tutto rilevante nel nostro sistema produttivo. Non vi è dubbio, comunque, che il nuovo modello organizzativo dell'impresa rete o decentrata, anche se non è dominante nella realtà produttiva italiana o comunque non è integralmente sostitutivo di quello più tradizionale, costituisce una realtà indiscutibile che richiede tecniche regolative del fenomeno (29).

Le relazioni stabili esistenti tra le imprese interessate dal processo di esternalizzazione incidono sulle dinamiche organizzative interne. Infatti, anche se i soggetti imprenditoriali coinvolti sono dotati di autonome strutture produttive, tuttavia si realizza tra essi uno stretto fenomeno di integrazione organizzativa. Da questo punto di vista, la *contractual integration* determina una situazione nella quale un'impresa che svolge con continuità un'attività di produzione di beni e di servizi a favore di un'altra impresa diventa, in una certa misura, un segmento del-

42% dei servizi alle imprese. Tra questi, in particolare, i servizi informatici registrano la crescita più elevata» (L. Corazza, «*Contractual integration*», cit., p. 101).

(26) *Rapporto Censis sulla situazione sociale del paese 2002*, cit., p. 506, nel quale si rileva che «ben l'83% delle aziende analizzate prevede, inoltre, nei prossimi anni di intensificare il ricorso all'*outsourcing*, i cui vantaggi sono molteplici» (secondo le priorità descritte nella precedente nota 22).

(27) *Rapporto sul mercato del lavoro 2004 del Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro* (Commissione dell'Informazione), Roma, 21 dicembre 2005, p. 155 (datiloscritto). Il rapporto sottolinea che le sub-forniture riguardano sia le reti di vendita che l'attività produttiva in senso proprio (p. 162).

(28) P. Ichino, *Il contratto di lavoro*, cit., p. 396; Idem, *Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa*, cit., p. 209 (dove, con riferimento ai dati del *The Outsourcing Institute*, individua negli Stati Uniti una diminuzione al ricorso delle esternalizzazioni).

(29) P. Ichino, *Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa*, cit., pp. 271-272, che sottolinea la convivenza nel nostro sistema economico di diversi modelli di impresa e di rapporti di lavoro che richiedono forme articolate di tutela.

la organizzazione produttiva del committente. È questo il caso, ad esempio, del sub-fornitore che produce una parte di prodotto che verrà poi assemblato dall'impresa utilizzatrice, o quando quest'ultima esternalizza l'attività di gestione del personale, che viene effettuata al suo interno (o in collegamento telematico) da altro imprenditore. In questo ambito il contratto di esternalizzazione diventa esso stesso costitutivo di una organizzazione integrata, dove i dipendenti del fornitore svolgono attività che sono direttamente strumentali alla realizzazione delle esigenze organizzative del committente (30). Si è affermato che in questa situazione «*entrambi* gli imprenditori [hanno] un ruolo nel plasmare l'organizzazione» (31) e che l'interesse organizzativo aziendale, alla cui realizzazione è finalizzato l'esercizio dei poteri imprenditoriali, è «*condiviso* da più imprese» (32).

Il contratto commerciale di fornitura, nel creare la relazione di integrazione organizzativa, determina anche un collegamento negoziale tra il primo e i contratti di lavoro dei dipendenti del fornitore (33); e tale collegamento «realizza l'operazione economica, che determina il risultato, il quale a sua volta reagisce sul rapporto di lavoro e dà forma all'organizzazione» (34). Ovviamente, in una situazione di «interesse organizzativo aziendale condiviso», le scelte economico-produttive del committente o gli eventi che incidono sulla sua struttura organizzativa si riflettono necessariamente su quella del fornitore e, quindi, sui rapporti di lavoro dei suoi dipendenti (e questo vale, in particolare, per le riduzioni di attività del committente legate all'andamento del mercato, per processi di innovazione tecnologica che

(30) In un'importante fabbrica di automobili italiana, un'impresa di servizi logistici mette a disposizione squadre di «carrellisti» che riforniscono costantemente una «unità tecnologica» del committente e che operano all'interno della sua struttura produttiva. I lavoratori sono inseriti nella sfera di coordinamento dell'imprenditore committente e le loro prestazioni si modulano in modo tale da soddisfare immediatamente le esigenze che si manifestano durante il montaggio delle autovetture dell'appaltante, anche se il potere direttivo è esercitato dall'impresa appaltatrice. Un fenomeno analogo di stretta integrazione organizzativa si realizza nei casi di collegamento telematico *on line* tra imprese o quando, comunque, l'appaltatore mette a disposizione la propria azienda (o parte di essa) per realizzare in via esclusiva o prevalente gli obiettivi produttivi del committente.

(31) L. Corazza, «*Contractual integration*», cit., p. 251.

(32) L. Corazza, «*Contractual integration*», cit., p. 116.

(33) L. Corazza, «*Contractual integration*», cit., pp. 176 ss.

(34) L. Corazza, «*Contractual integration*», cit., p. 251, ma si vedano anche pp. 116 ss., 155 ss., 176 ss.

modificano la struttura dell'impresa e incidono sulle esigenze di forniture di beni e servizi esterni e così via).

3. — *Le innovazioni legislative in tema di trasferimento di azienda, appalti di servizi e intermediazione di mano d'opera* — Il d.lgs. n. 276 del 2003 ha operato in una pluralità di ambiti e con il chiaro intento di definire una nuova disciplina generale delle esternalizzazioni. Vi è stata in primo luogo l'abrogazione della legge n. 1369 del 1960 (che aveva segnato la «storia» del diritto del lavoro) (35) e della disciplina del lavoro temporaneo. Le normative descritte sono state sostituite da istituti nuovi. La somministrazione di sola manodopera, che in precedenza costituiva un'eccezione ammessa soltanto nei casi specifici previsti dalla legge n. 196/1997, è diventata una modalità ordinaria di esecuzione della prestazione lavorativa. Oltre a quella a termine, non più collegata, secondo l'opinione prevalente, a esigenze temporanee, è stata aggiunta la somministrazione a tempo indeterminato che, per l'ampiezza dei casi in cui può essere realizzata, si estende a quasi tutte le forme di servizi a favore dell'impresa (di carattere manuale, intellettuale, a basso e alto contenuto tecnologico) senza alcun criterio selettivo (fondato, ad esempio, su esigenze di specializzazione produttiva). Inoltre non va dimenticato che è stata introdotta una nozione di appalto che, «in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotto nel contratto», può coincidere con la mera organizzazione e direzione del lavoro. In questo caso che, come può dedursi dalla latitudine della formula legislativa, può riferirsi a tutte le ipotesi di fornitura di manodopera nelle quali la prestazione di lavoro assume carattere fondamentale, non vi è neppure la parità di trattamento economico e normativo (prevista invece per la somministrazione), favorendo quindi operazioni di esternalizzazione di servizi finalizzati al risparmio di costi (36).

Inoltre, anche se somministrazione e appalto di opere e servizi svolgono funzioni in parte diverse (perché nel primo caso il fornitore som-

(35) Sulla legge n. 1369 del 1960 si rinvia, per tutti, a G. Nicolini, *Interposizione in frode alla legge nei rapporti di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1960; O. Mazzotta, *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1979; M. T. Carinci, *La fornitura di lavoro altrui*, Giuffrè, Milano, 2000.

(36) Per tutti gli aspetti analizzati nel testo e per le varie opinioni in tema di somministrazione si veda P. Chieco, *Le nuove esternalizzazioni tra fornitura di prestazioni lavorative (somministrazione di lavoro e distacco) e appalti labour intensive*, in *Lavoro e diritti a tre anni dalla legge 30/2003*, a cura di P. Curzio, Cacucci, Bari, 2006, pp. 4 ss. (dattiloscritto), con ampie indicazioni bibliografiche sulle diverse interpretazioni;

ministra soltanto lavoratori, mentre nel secondo l'appaltatore quanto meno li organizza e li dirige) (37), la mancanza di parità di trattamento potrebbe favorire la diffusione degli appalti a scapito della somministrazione. Nel primo caso, infatti, e soprattutto nelle ipotesi di debolezza contrattuale dell'impresa appaltatrice, vi sarà la possibilità di ottenere consistenti riduzioni nei costi del lavoro, che incrementerebbero il margine di guadagno dell'appaltatore e del committente (aumentando la quota di profitto del primo e riducendo i prezzi dei beni e dei servizi pagati dal secondo). Inoltre, gli appalti non richiedono i requisiti formali e di consistenza economica e organizzativa che sono tipici della somministrazione (38). Lo squilibrio nelle convenienze tra i due istituti potrebbe determinare una inedita situazione di competizione tra istituti normativi (39).

Le finalità perseguite dal legislatore sono state efficacemente descritte da chi ha partecipato attivamente alla realizzazione della riforma (40). La regolarizzazione di appalti di servizi privi di una significativa disciplina (e svolti illegalmente) e la introduzione di nuovi istituti di forte contenuto regolativo avrebbero determinato, secondo

M. T. Carinci, *La somministrazione di lavoro altrui*, cit., pp. 5 ss.; V. Speciale, *Condizioni di liceità – Commento all'art. 20 del d.lgs. 276/2003*, in *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, a cura di E. Gragnoli e A. Perulli, Cedam, 2004, pp. 275 ss.; P. Ichino, *Appalto – Commento all'art. 29 del d.lgs. 276/2003*, in *Il nuovo mercato del lavoro – Commentario*, a cura di M. Pedrazzoli, Zanichelli, Bologna, 2004, pp. 258 ss.

(37) P. Ichino, *Il contratto di lavoro*, cit., pp. 384-385.

(38) Mentre nella somministrazione vi sono precisi vincoli di carattere formale e sostanziale in relazione sia alla disciplina del contratto commerciale che a quella dei rapporti di lavoro, e l'attività di fornitura può essere effettuata da imprese che debbono avere una certa solidità economica, nulla di tutto questo è previsto per gli appalti. In questo caso, dunque, la scelta può essere condizionata, oltre che da ragioni di costo, anche dalla maggiore libertà di azione nella gestione del contenuto dei rapporti contrattuali con l'appaltatore e con i lavoratori da lui impiegati (e questo sia per la assenza di condizionamenti nella selezione della impresa appaltatrice, sia perché non vi sono i limiti previsti dal d.lgs. n. 276/2003 per la somministrazione).

(39) La potenziale concorrenza tra gli istituti è stata rilevata da numerosi Autori: per l'analitica indicazione di queste interpretazioni si rinvia a P. Chieco, *Le nuove esternalizzazioni*, cit., p. 59 (che condivide questa opinione). Isolata sembra essere la tesi di P. Ichino (*Appalto*, cit., p. 271) che, in base a un'analisi dei due istituti, ritiene che vi sia un «riequilibrio» degli effetti «del ricorso alla somministrazione rispetto a quelli del ricorso all'appalto di servizi».

(40) Il riferimento, ovviamente, è a Michele Tiraboschi che ha lavorato in stretta collaborazione con il Ministero del *welfare* e ha svolto anche importanti incarichi (si pensi alla presidenza della commissione finalizzata alla riforma dello «Statuto dei la-

questo Autore, «un significativo innalzamento delle tutele» (41). Al contrario, l'introduzione della parità di trattamento anche negli appalti «avrebbe probabilmente contribuito a incrementare – e non a contenere e regolarizzare – le pratiche abusive» (42). La logica, come si vede, è quella della «emersione» del lavoro irregolare e non della disciplina positiva di un fenomeno innovativo (la segmentazione dell'impresa), che invece andava regolato proprio al fine di evitare pratiche abusive sicuramente ancora attuali, in una realtà caratterizzata dalla presenza di pseudo-appaltatori privi di consistenza economica e organizzativa (43). Inoltre, a parte l'affermazione paradossale sull'«innalzamento delle tutele» (visto che ciò a cui ci si riferisce è in verità l'emersione di fenomeni che prima erano vietati e che oggi affiorano solo in quanto sono stati...consentiti dalla legge) (44), la tesi secondo cui la parità di trattamento avrebbe incrementato gli appalti illeciti è contraddetta dal fatto che anche la somministrazione, secondo l'opinione di questo Autore, è giustificata dalla necessità di sanare

vori»). Tra l'altro, per comprendere il grado di «compenetrazione» tra legislazione emanata e attività di questo Autore, è sufficiente leggere le circolari interpretative emesse dal Ministro su vari aspetti, dove si usano espressioni identiche a quelle espresse dall'Autore in numerosi saggi).

(41) M. Tiraboschi, *Somministrazione, appalto di servizi, distacco*, in *La riforma della legge Biagi del mercato del lavoro*, a cura di M. Tiraboschi, Giuffrè, Milano, 2004, p. 210.

(42) M. Tiraboschi, *op. ult. cit.*, p. 227.

(43) In tale ambito, e con riferimento alla legge n. 1369 del 1960 oggi abrogata, si è affermato che «la normativa in esame vive oggi in una sorta di sospensione fra passato e futuro. Il passato è lo sfruttamento selvaggio della manodopera, il caporalato, la sottoprotezione. Il futuro è la rivoluzione tecnologica, la telematica, "l'immaterialità". Tutte cose che si ritrovano già, a fianco a fianco, nel nostro presente destrutturato, nel quale, magari a due passi dalle *enclaves* dell'alta tecnologia, continuano a verificarsi, come è stato confermato da una recente inchiesta parlamentare, gravi fenomeni di sfruttamento, che anzi acquistano nuovo vigore a causa del perverso intreccio con il mondo dell'emarginazione e dell'immigrazione» (R. Del Punta, *Appalto di mano d'opera e subordinazione*, in *DLRI*, 1995, p. 625). Questa realtà, descritta nel 1995, è ancora esistente dopo 11 anni.

(44) Senza contare, inoltre, che, in base alla legge n. 1369/1960, gli appalti di sola mano d'opera oggi realizzati erano proibiti e avrebbero permesso ai lavoratori interessati di rivendicare la trasformazione del rapporto in un contratto alle dipendenze dello pseudo-appaltante (con una tutela, quindi, oggi inesistente). Se poi si intende affermare che gli appalti descritti erano, nonostante i divieti, molto diffusi, questo non esclude che il precedente regime garantiva una protezione forte ai lavoratori interessati e che la soluzione del problema non può essere certamente trovata nel legalizzare gli illeciti, ma avrebbe richiesto una regolamentazione diversa del fenomeno.

pratiche illegali (45). Non si comprende, allora, perché nella fornitura di mano d'opera la parità non avrebbe gli effetti negativi che si produrrebbero invece con gli appalti.

In realtà la spiegazione della nuova normativa deve essere rinvenuta in altre ragioni. Tra l'altro, quelle descritte non sono le uniche novità di rilievo, perché il d.lgs. n. 276/2003 ha inciso anche sulla disciplina dell'art. 2112 cod. civ.

In particolare, in relazione al ramo d'azienda, il legislatore ha abrogato il requisito della preesistenza dell'identità dell'articolazione autonoma da trasferire (che conserva dopo il passaggio tale caratteristica) e ha stabilito, invece, che cedente e cessionario possono identificare, al momento del trasferimento, la frazione dell'azienda interessata al mutamento di titolarità. La finalità è quella di favorire i processi di segmentazione dell'impresa, consentendo di «confezionare» *ad hoc* il ramo da esternalizzare. A parte il problema della non conformità della nuova disciplina con quella comunitaria (46), l'innovazione potrebbe favorire l'elusione di vincoli normativi inderogabili (particolarmente in tema di licenziamenti) (47). Ma non è tutto. La riforma, infatti, ha introdotto anche un'inedita correlazione tra trasferimento di ramo d'azienda e appalto relativo alle attività svolte dalla frazione di azienda ceduta e ha così favorito forme di esternalizzazione che possono produrre danni consistenti ai lavoratori (soprattutto per la mancanza della parità di trattamento economico e normativo e per il fatto di svolgere le proprie prestazioni per soddisfare le stesse esigenze organizzative del-

(45) M. Tiraboschi, *Somministrazione, appalto di servizi, distacco*, cit., p. 208.

(46) Su tale aspetto, che non è possibile analizzare in questa sede per la sua complessità, mi permetto di rinviare a V. Speciale, *Appalti e trasferimenti*, in *Working Papers C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona»*, n. 84/2006, pp. 22 ss.

(47) Quando era ancora in vigore la definizione introdotta dal d.lgs. n. 18/2001 precedente a quella attuale, la Cassazione aveva chiarito che era escluso che «un ramo di azienda possa essere disegnato e identificato solo al momento del trasferimento in esclusiva funzione di esso, con un'operazione strumentale indirizzata all'espulsione, per questa via indiretta, di lavoratori eccedenti, consegnati a un cessionario che, strettamente legato all'impresa cedente – ancorché vero imprenditore e non semplice interposto di manodopera – sarebbe posto in condizione di modificare liberamente le preesistenti condizioni di lavoro (contratti collettivi, condizioni di stabilità del posto di lavoro ecc.)» (Cass. 15 ottobre 2002, n. 15105, in *FI*, 2003, I, p. 118). La riforma, nel consentire la identificazione del ramo di azienda al momento del trasferimento, favorisce oggettivamente anche quelle operazioni elusive efficacemente descritte nella sentenza citata, «aggirando» il contenuto di normative inderogabili (ad esempio in materia di licenziamento) a tutela dei lavoratori.

l'ex datore di lavoro) (48). Si è così determinata una vera e propria «sinergia negativa» connessa alla combinazione tra i due istituti, e che certo non può essere compensata dalla responsabilità solidale «attenuata» prevista dalla legge, che non ha ribadito quanto previsto dall'art. 1676 del codice civile (49). Infine, l'art. 29, comma 3, del decreto delegato stabilisce che, in tutte le ipotesi di successione di un appaltatore a un altro, l'acquisizione dei lavoratori da parte del subentrante per effetto di fonti legali o contrattuali (incluso il contratto collettivo) non comporta l'applicazione della disciplina prevista dall'articolo 2112 del codice civile. Ne consegue l'eliminazione delle tutele previste da questa norma in relazione, ad esempio, alla conservazione dei diritti maturati presso il precedente datore di lavoro, alla responsabilità solidale, al divieto di licenziamento per effetto del trasferimento e così via (50).

In questo contesto è evidente che il legislatore intende favorire i processi di esternalizzazione senza garantire tutele ai lavoratori coinvolti e si propone di consentire una segmentazione dell'impresa che ha la finalità prevalente di ridurre gli oneri economici indiretti (le tutele normative) o diretti (i trattamenti retributivi e previdenziali) e di limitare la presenza e l'impatto dell'azione sindacale (51). Il legislatore, dunque,

(48) In concreto, i dipendenti transitati al cessionario potrebbero, con un contratto di appalto, essere utilizzati dall'ex datore di lavoro cedente. Quest'ultimo avrebbe a disposizione gli stessi lavoratori che aveva in precedenza ma senza vincolo di subordinazione (e senza i limiti in materia di licenziamenti, trasferimenti e così via), con un costo potenzialmente uguale o inferiore (se si ottengono dall'appaltatore consistenti riduzioni delle retribuzioni).

(49) A mio giudizio infatti, la nuova disciplina introdotta dall'articolo 29, comma 2, del d.lgs. n. 276/2003 è meno favorevole di quella prevista dall'articolo 1676 del codice civile, soprattutto negli appalti di lunga durata e di notevole entità economica. In queste ipotesi, infatti, in base alla norma del codice, era possibile agire nei confronti del committente senza alcun termine decadenziale e, in considerazione del debito rilevante del committente nei confronti dell'appaltatore, i lavoratori avevano l'assoluta certezza di essere soddisfatti dei propri crediti. Oggi, al contrario, pur in assenza di limiti economici, essi sono costretti ad agire in un arco temporale assai breve, trascorso il quale perdono i propri diritti.

(50) Per l'approfondimento di tali aspetti mi permetto di rinviare a V. Speciale, *Appalti e trasferimenti*, in *Working Papers C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona»*, n. 84/2006, pp. 21 ss.

(51) Il decentramento produttivo può avere effetti negativi anche per quanto riguarda le tutele sindacali. La riduzione delle dimensioni dell'impresa conseguente alla sua segmentazione potrebbe escludere i diritti garantiti dallo Statuto dei lavoratori (quando si scenda al di sotto della soglia dei 16 dipendenti) o limitare in ogni caso in

pensa di affrontare le sfide della globalizzazione agendo sul fattore lavoro come unico elemento che assicuri il successo delle imprese italiane nel mercato (52). La logica è quella del consolidamento di un modello di competitività puramente di costo, che potrebbe disincentivare la riqualificazione manageriale e tecnologica dell'apparato industriale italiano (53), e che, in particolare, è del tutto inefficiente in presenza di realtà economiche emergenti (Cina, India, paesi dell'ex Est europeo ecc.) i cui costi produttivi e del lavoro sono enormemente inferiori e tali da rendere improponibili forme di concorrenza basate su tali aspetti.

4. — *La necessità di una riforma della disciplina delle esternalizzazioni e le ragioni dell'economia* — I profili descritti in precedenza hanno messo in evidenza le potenzialità negative delle riforme introdotte dal d.lgs. n. 276 del 2003 e sollecitano quindi dei possibili interventi riformatori.

Tuttavia, prima di analizzare i cambiamenti da introdurre, è opportuno soffermarsi sul contesto economico e organizzativo in cui è necessario operare e sugli interessi concretamente coinvolti. Se la logica delle esternalizzazioni è quella della riduzione dei costi di transazione e di quelli operativi, qualsiasi intervento che intenda limitare tale effetto è, in chiave economica, del tutto pregiudizievole. Da questo punto di vista il decreto legislativo n. 276 del 2003, nel garantire che gli appalti di opere e servizi vengano effettuati senza la parità di trattamento economico e normativo, sembra corrispondere perfettamente alle ragioni intrinseche dei processi di segmentazione dell'impresa e rispecchiare quindi una sua «naturale» razionalità economica. Si è sottolineato, infatti, che le ragioni di fondo dell'*outsourcing* si spiegano con la concomitanza di vari fattori (innovazioni tecnologiche e organizzative, globalizzazione dei mercati, fine delle svalutazioni competitive) che hanno spinto le imprese, per sostenere l'impatto di una concorrenza senza

modo drastico l'efficacia dell'azione sindacale, che è strettamente legata alla contestuale presenza di gruppi di lavoratori all'interno della stessa struttura produttiva e che viene invece penalizzata dalla diminuzione degli addetti e dalla loro «dispersione».

(52) V. Speziale, *Condizioni di liceità – Commento all'art. 20 del d.lgs. 276/2003*, cit., p. 284; A. Andreoni, *Impresa modulare, trasferimenti di azienda, appalti interni: la soft law sul ciclo di produzione*, in *Il lavoro tra progresso e mercificazione*, a cura di G. Ghezzi, Ediesse, Roma, 2004, p. 200; G. Alleva, *La nuova disciplina degli appalti di lavoro*, *ivi*, pp. 166 ss.

(53) L. Costabile, *Aspetti economici del Libro bianco del Ministero del lavoro*, in *Studi economici*, n. 77, 2002, pp. 107 ss.

confini, a «dare valore assoluto all'imperativa "regola" capitalistica dei costi, e specificamente di quelli di transazione, sottoponendo ad attento ripensamento le strategie di integrazione verticale che avevano caratterizzato la precedente fase di sviluppo» (54). Se questo è il contesto, al diritto del lavoro altro non si potrebbe chiedere che assecondare tali processi, evitando che «rigidità normative» limitino le esternalizzazioni e riducano così le convenienze delle imprese.

Questo approccio, che al di là di alcuni «travestimenti verbali» è alla base del *Libro bianco* e del d.lgs. n. 276 del 2003, deve essere contestato radicalmente (55). Non vi è dubbio che le acquisizioni delle scienze economiche e organizzative costituiscono elementi preziosi per conoscere le ragioni di fenomeni che sono oggetto della regolamentazione del diritto del lavoro e per comprendere come le norme incidono sui processi reali, sulle convenienze delle imprese e quindi su altre variabili (come, ad esempio, l'occupazione). Da tale punto di vista, peraltro, è necessario prendere in considerazione tutte le acquisizioni della teoria economica, e non soltanto alcune, utilizzate in modo (più o meno consapevole) strumentale al fine di dimostrare l'ineluttabilità di certi sviluppi. Al contrario occorre prendere atto che le risultanze degli studi economici non sono certo sempre univoche. In tale ambito, ad esempio, vi sono opinioni che mettono in risalto alcuni aspetti negativi dei processi di *outsourcing* dal punto di vista della efficienza produttiva. Si è affermato, infatti, che le imprese che ricorrono in misura più accentuata alle esternalizzazioni sono quelle in cui il capitale umano specifico (le competenze dei lavoratori) è meno importante (56). Assecondare, dal punto di vista normativo questa tendenza alla segmentazione dell'impresa potrebbe quindi disincentivare investimenti

(54) U. Carabelli, *Organizzazione del lavoro e professionalità*, cit., p. 75.

(55) Il termine usato nel testo non è casuale. Il *Libro bianco*, infatti, è pieno di riferimenti alle necessità di protezione dei lavoratori, alla opportunità di favorire la trasparenza dei rapporti di lavoro nel mercato irregolare, alla necessità di valorizzare l'autonomia collettiva e così via. In realtà una lettura attenta del testo rileva che l'ideologia a esso sottesa è quella della flessibilità dei diritti come strumento di crescita della quantità e qualità dell'occupazione e che la «modernizzazione» del diritto del lavoro passa per una drastica diminuzione delle tutele e dei costi che esse producono alle imprese. Tra l'altro, le vicende successive, con l'emanazione del d.lgs. n. 276/2003 e il tentativo (fallito) di riformare l'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, confermano pienamente quanto si è affermato.

(56) In tal senso D. H. Autor, *Outsourcing at Will: The Contribution of Unjust Dismissal Doctrine to the Growth of Employment Outsourcing*, in *Journal of Labor Economics*, 2003, 21, pp. 1-42.

specifici sul fattore lavoro che è determinante per garantire un'effettiva competitività dell'impresa nel mercato globale.

A prescindere, comunque, dalla necessità di valorizzare tutte le interpretazioni degli economisti (e non solo quelle che corrispondono al pensiero unico dominante), non va dimenticato che il diritto del lavoro si muove in una dimensione «non economica», nella quale sono in gioco valori fondamentali (equità, uguaglianza, solidarietà, salute, sicurezza, dignità ecc.) che devono essere *sottratti* alla logica dello scambio mercantile e alle esigenze di efficienza, produttività, massimo incremento dei benefici e riduzione dei costi. I valori indicati che, come si è visto, possono essere concretamente minacciati nei processi di esternalizzazione, devono costituire la finalità principale di qualsiasi intervento regolativo.

Questo non vuol dire, ovviamente, sostenere la «indifferenza» del diritto del lavoro alle ragioni dell'economia. Si vuole, soltanto, riaffermarne l'autonomia scientifica e valoriale, evitando quei processi di «colonizzazione» e di vera e propria «sudditanza» dei lavoratori rispetto alle acquisizioni delle scienze economiche e organizzative, spesso considerate come «dati oggettivi e incontestabili», rispetto ai quali il diritto ha la sola funzione di consentirne la regolazione tecnica. Le finalità del diritto del lavoro non sono quelle di garantire l'efficienza e la competitività dell'impresa, bensì quelle di salvaguardare la dimensione del lavoratore come *persona* che, pur costituendo un fattore produttivo dell'azienda, non può essere gestito come le materie prime o gli altri fattori produttivi. E questa finalità deve essere perseguita in un duplice modo: a) considerando la *indifferenza* di alcuni diritti fondamentali (salute, *privacy*, dignità, eguaglianza ecc.) rispetto alle logiche economiche; b) trovando un temperamento positivo tra esigenze produttive e organizzative delle imprese e tutela dei lavoratori quando le prime entrano in conflitto con le seconde (57). Quest'ultima, tra l'altro, è anche la recente politica dell'Unione europea che, nell'ambito di strategie di *flexicurity*, si sforza proprio di coniugare flessibilità e sicurezza. Tale obiettivo «non presupp-

(57) Si è sottolineato che «quando si segnalano i rischi di un'egemonizzazione del ragionamento giuridico da parte di quello economico, non si fa necessariamente retorica, bensì si evoca un pericolo reale: quello di pensare che una regola giuridica possa trovare un valido fondamento soltanto in considerazioni di efficienza. Non è così. L'essenza della razionalità (o ragione) giuridica, e segnatamente giuslavoristica, è di essere una razionalità di sintesi, che assorbe la razionalità economica all'interno di un quadro di riferimento più ampio», e dove è possibile che venga effettuata una scelta

pone soltanto un contemperamento in virtù del quale il bene “sicurezza” deve plasmarsi in omaggio al bene “flessibilità”, bensì – nella richiamata ottica di qualità – implica, in maniera più radicale, che *il lavoro flessibile di qualità* o è “sicuro”, nel senso di garantire un’adeguata protezione sociale del prestatore nei continui cambiamenti, o non è» (58).

D’altra parte, anche nell’ambito del pensiero economico esistono voci diverse, che sottolineano la necessità di considerare, nell’elaborazione della teoria economica, valori quali l’eguaglianza e l’equità che sono propri della sfera del diritto (59), e che esprimono anche differenti opinioni sulle riforme del mercato del lavoro, come dimostrano le diverse valutazioni relative alla capacità del d.lgs. n. 276 del 2003 di incrementare la qualità e quantità dell’occupazione (60). Si è visto, poi, che è stata messa in discussione la stessa utilità delle esternalizzazioni quale strumento per incrementare la competitività delle imprese (perché vi è una minore valorizzazione del capitale umano) (61). Vi è, inoltre, un’intera schiera di economisti che ritiene che la strada dell’efficienza dell’impresa non può passare esclusivamente per la riduzione dei costi, ma richiede interventi di riqualificazione manageriale e tecnologica e soprattutto innovazioni di processo e di prodotto. In tale ambito, ad esempio, si è sottolineato che la competitività nel mercato non è legata ai prezzi (e ai minori oneri economici del processo produttivo) ma alla qualità e al progresso tecnico (62). D’altra parte, vi è una consapevolezza sempre più diffusa secondo la quale, soprattutto i paesi come il nostro – i cui settori di produzione

normativa «basata sulla tutela di *valori non economici* come l’equità, l’eguaglianza, la solidarietà, la salute, la sicurezza, la dignità...» (R. Del Punta, *L’economia e le ragioni del diritto del lavoro*, cit., p. 39).

(58) L. Zappalà, *La «flessibilità nella sicurezza» alla prova. Il caso del lavoro temporaneo fra soft law e hard law*, in *DLRI*, 2003, p. 70.

(59) Si rinvia, tra gli altri, ad A. Sen, *Lo sviluppo è libertà*, Mondadori, Milano, 2000; Idem, *Etica ed economia*, Laterza, Bari, 2002; A. B. Atkinsons, *Social Justice and Public Policy*, Harvester Press, Brighton, Sussex, 1982.

(60) Si vedano, in relazione alla «riforma Biagi», le diverse opinioni degli economisti espresse da G. Rodano, *Aspetti problematici del d.lgs. 276/2003: il punto di vista della teoria economica*, in *DLRI*, 2004, pp. 419 ss.; M. Signorelli, *L’impatto della riforma Biagi: una prospettiva economica*, in *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, cit., pp. 403 ss.; P. Sestito, *Riforma del mercato del lavoro e compatibilità economica*, *ivi*, cit., pp. 436 ss.

(61) Il riferimento al lavoro di D. H. Autor, citato nella precedente nota 56.

(62) Si rinvia agli studi di N. Kaldor, *The Case for Regional Policies*, in *Scottish Journal of Political Economy*, 17, 1970, pp. 337 ss.; Idem, *The Effects of Devaluations*

tradizionali sono, per lo scarso valore intrinseco dei processi produttivi, largamente esposti alla concorrenza dei paesi emergenti a causa del basso costo della manodopera ivi utilizzata —, dovrebbero cercare comunque di evolvere verso tipi e modelli di produzione meno esposti alla competizione internazionale, anche evitando di favorire la sopravvivenza di produzioni che, in conseguenza dell'intensità del mero fattore lavoro, possono competere soltanto attraverso costi del lavoro decrescenti. Anche nella teoria economica, dunque, sono rinvenibili acquisizioni importanti che si muovono in senso opposto alla *vulgata* tradizionale, che vede nella deregolazione dei mercati del lavoro l'unica ricetta possibile per realizzare gli obiettivi di efficienza e di benessere.

In base a queste premesse è possibile passare ad analizzare le possibili linee di un intervento riformatore. In primo luogo è necessario analizzare le tipologie contrattuali oggi esistenti per verificare la loro adeguatezza al governo delle esternalizzazioni. Successivamente, sarà necessario soffermarsi su possibili proposte di riforma in relazione al contenuto delle normative oggi vigenti.

5. — *La somministrazione di mano d'opera e l'appalto* — Un'analisi in termini di politica del diritto non può certamente prescindere dall'esame delle tre principali forme di regolamentazione giuridica delle esternalizzazioni (somministrazione, appalto, trasferimento di ramo d'azienda) e della loro capacità di realizzare una sintesi efficace tra le esigenze economiche di segmentazione dell'impresa e tutela degli interessi dei lavoratori coinvolti. Tuttavia un simile obiettivo eccederebbe le finalità di questo studio, che si propone di analizzare soprattutto le riforme da introdurre sul piano delle discipline e non in relazione alle fattispecie legali. Peraltro, è opportuno chiedersi se la pluralità di istituti oggi esistente sia effettivamente necessaria per raggiungere il temperamento tra interessi diversi prima descritto o, quanto meno, se non sia opportuno provvedere a una effettiva nuova regolamentazione della materia. In questo ambito, un'attenzione particolare deve essere rivolta alla somministrazione di mano d'opera.

on Trade in Manufactures, in *Further Essays on Applied Economy*, Duckworth, London, 1978; Idem, *The Role of Technical Progress and Cumulative Causation in the Theory of International Trade and Economic Growth*, in *Economie Appliquée*, Ismea, 34, 1981, pp. 593 ss.; J. Fagerberg, *Technology and Competitiveness*, in *Oxford Review of Economic Policy*, 12, 1996, pp. 39 ss.

Uno degli Autori che ha studiato in modo più approfondito i fenomeni di segmentazione dell'impresa ha sottolineato la distinzione tra somministrazione e appalto: nel primo caso il fornitore si limita a mettere a disposizione la forza lavoro, mentre nella seconda ipotesi garantisce la disponibilità di una struttura composta da mezzi materiali (o immateriali) e da persone, che provvede a coordinare e organizzare per garantire lo svolgimento dell'attività appaltata (63). La finalità economica del ricorso alla somministrazione viene individuata nell'aumento dei costi di organizzazione interni connessi alla crescita dimensionale dell'impresa o all'incremento delle tutele normative. La fornitura di mano d'opera, secondo questo Autore, può tuttavia garantire anche una maggiore efficienza in relazione all'attività preparatoria precedente a quella dell'esecuzione della prestazione. In questo caso, infatti, il fornitore può svolgere un'utile attività specialistica, consistente nella sua capacità di reperimento e selezione dei lavoratori, nella formazione del personale e nella gestione amministrativa dei rapporti di lavoro e determinare così una notevole riduzione dei costi di transazione (64).

Va subito detto che la stragrande maggioranza delle finalità specialistiche in precedenza descritte non richiede la stipula di un contratto di somministrazione di lavoro. Infatti, in conseguenza della nuova disciplina in materia di agenzie per il lavoro introdotta dal d.lgs. n. 276 del 2003, le attività di intermediazione (e cioè di incontro tra domanda e offerta di lavoro con tutte le prestazioni annesse) (65) e quelle di ricerca e selezione del personale, che include anche la

(63) P. Ichino, *Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa*, cit., pp. 251 ss.; Idem, *Il contratto di lavoro*, cit., pp. 384 ss.

(64) Questo istituto quindi può consentire «un rilevante risparmio dei costi di transazione relativi all'acquisizione della forza lavoro, soprattutto quando il mercato locale sia povero di canali d'incontro fra domanda e offerta di manodopera, oppure quando la complessità degli adempimenti amministrativi imposti dall'ordinamento per la costituzione e lo svolgimento dei rapporti di lavoro renda vantaggioso l'affidamento delle relative pratiche a un operatore specializzato» (P. Ichino, *Il contratto di lavoro*, cit., pp. 386-387; Idem, *Il diritto del lavoro ed i confini dell'impresa*, cit., p. 251; Idem, *Appalto*, cit., p. 263).

(65) Tra cui: raccolta dei *curricula* dei potenziali lavoratori, preselezione e costituzione di relativa banca dati, promozione e gestione dell'incontro tra domanda e offerta di lavoro, effettuazione su richiesta del committente di tutte le comunicazioni conseguenti alle assunzioni, orientamento professionale, progettazione ed erogazione di attività formative finalizzate all'inserimento lavorativo e così via. Si vedano le specificazioni contenute nell'art. 2, comma 1, lettera *b*, del d.lgs. n. 276 del 2003.

progettazione ed erogazione di attività formative finalizzate all'inserimento lavorativo, sono svolte dalle agenzie a prescindere dalla somministrazione di lavoro (66). Pertanto, lo scopo fondamentale che giustificava la fornitura di mera manodopera è oggi venuto meno, se non con riguardo alla gestione amministrativa dei rapporti di lavoro. Tale funzione, la cui utilità potrebbe, in effetti, essere riconosciuta, può essere realizzata anche con diverse tipologie contrattuali (ad esempio un appalto di servizi) e certamente non giustifica la sopravvivenza dell'istituto. Non va dimenticato, infatti, che con un unico contratto stipulato con un'agenzia per il lavoro, e senza quindi un incremento dei costi di transazione connessi all'esistenza di diversi accordi negoziali, sarebbe possibile concordare con il fornitore lo svolgimento di tutte le attività fondamentali oggi garantite dalla somministrazione e con gli stessi oneri economici se non inferiori (67). Inoltre si potrebbe delegare all'appaltatore la gestione amministrativa dei rapporti di lavoro (attività, questa, già decentrata, in molti casi, a società esterne e tramite appalti di servizi).

Se le finalità economiche dell'istituto possono essere realizzate con altri contratti, non vi è ragione di conservare una tipologia contrattuale che potrebbe essere utilizzata soltanto per eludere tutti i vincoli normativi che nascono dalla relazione diretta tra datore di lavoro e lavoratore, con particolare riferimento alla disciplina dei licenziamenti e alla possibilità di sostituire in qualsiasi momento un dipendente somministrato non gradito dall'utilizzatore. Non credo che questa esigenza di riduzione dei costi di organizzazione interni legati all'esistenza di normative a

(66) È sufficiente considerare le attività descritte nella lettera *c* dell'art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 276/2003 (su tali aspetti e su quelli indicati nella nota precedente, si rinvia, per tutti, a G. Ciocca, *Le agenzie di intermediazione*, in *Il diritto del mercato del lavoro dopo la riforma Biagi*, a cura di P. Olivelli, M. Tiraboschi, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 192 ss.; R. Corno, *Le agenzie di ricerca e selezione del personale*, *ivi*, pp. 216 ss.).

(67) Il contratto, infatti, potrebbe prevedere che l'agenzia provveda alla selezione del personale e alla sua formazione, o che si occupi del reperimento di altri lavoratori per esigenze sostitutive (ad esempio malattia o gravidanza) o di specializzazione professionale, con funzioni in larga parte analoghe a quelle che di fatto svolgono oggi le agenzie di somministrazione. Tra l'altro, poiché in questo caso i fornitori dei servizi non debbono provvedere alla concreta gestione burocratica dei rapporti di lavoro (a cui rimarrebbero estranei) e non sarebbero tenuti al pagamento del contributo del 4% della retribuzione corrisposta ai lavoratori assunti e poi somministrati previsto dall'art. 12 del d.lgs. n. 276/2003, è probabile che il costo del contratto sarebbe inferiore a quelli della somministrazione.

tutela di diritti fondamentali del lavoratore debba essere considerata positivamente dall'ordinamento per le ragioni già spiegate (68).

In realtà la somministrazione, soprattutto quella a tempo determinato, rispecchia altre esigenze. Da un lato essa serve a «provare» il lavoratore per saggiarne le capacità personali e professionali, e a prescindere da esigenze produttive immediate dell'impresa. In altri casi, invece, ha lo scopo di sopperire in via assolutamente prevalente a esigenze temporanee (punte di lavoro, sostituzione di lavoratori assenti ecc.) (69). Per quanto attiene alla prima finalità si è in presenza di un uso improprio dell'istituto (che certamente non ha lo scopo di sostituirsi al periodo di prova), che potrebbe essere risolto obbligando i contratti collettivi, con norma di legge inderogabile *in melius*, a prevedere periodi minimi di esperimento del lavoratore più lunghi e graduati in relazione alle differenti professionalità da saggiare. La seconda ragione (soddisfare esigenze temporanee) è certamente attuabile con la nuova disciplina del contratto a tempo determinato (in cui sicuramente sono ricompresi gli incrementi di domanda provenienti dal mercato) (70), mentre la funzione di selezione e formazione del personale è oggi realizzabile con le agenzie del lavoro.

(68) D'altra parte, anche chi aveva sottolineato gli effetti positivi che possono essere svolti dalla somministrazione ne aveva proposto la riforma, con l'unificazione in uno stesso regime protettivo della somministrazione professionale di lavoro e degli appalti di servizi ad alta intensità di manodopera «responsabilizzando in entrambi i casi allo stesso modo fornitore e committente e accentuando la protezione nei casi in cui il primo operasse a condizioni di sostanziale dipendenza economica dal secondo» (P. Ichino, *Appalto*, cit., p. 259).

(69) I dati della Confinterim, l'associazione che raggruppa le imprese di somministrazione di mano d'opera e che sono reperibili nel sito www.confinterim.it, sono eloquenti: nel 2002 i motivi di ricorso al lavoro temporaneo sono per il 75% per «punte di lavoro» e per il 17% «per sostituzione di lavoratori assenti», con percentuali rispettivamente del 78% e del 16% nel 2003. D'altra parte, una recente inchiesta della Confindustria (*L'utilizzo nel 2004 degli strumenti normativi introdotti dalla legge 30/2003*, reperibile in www.confindustria.it) sottolinea che la somministrazione a termine è servita «per rispondere alla variabilità della domanda di mercato di brevissimo periodo»: p. 16. La stessa ricerca sottolinea l'uso ridottissimo della somministrazione a tempo indeterminato (v., *infra*, nel testo e nota 72).

(70) Tali incrementi di domanda, infatti, configurano delle esigenze temporanee che consentono la stipula di contratti a tempo determinato. E questo sia in base alla tesi da me espressa sul fatto che solo tali esigenze legittimano l'apposizione del termine, sia in coerenza con l'interpretazione che ritiene che il contratto sia giustificato anche da situazioni stabili di lavoro. Quest'ultima opinione, infatti, rende a maggior ragione possibile instaurare un rapporto di lavoro fondato su necessità aziendali temporalmente limitate. Per un riepilogo delle varie opinioni sul tema mi permetto di rin-

Se, dunque, il mutamento del quadro normativo (e qualche modifica ulteriore) rendono superfluo l'istituto, non va dimenticato che le agenzie di somministrazione costituiscono una imponente realtà economica nazionale e internazionale e che la capacità di pressione di questi interessi è così forte da far ritenere difficile una eliminazione dell'istituto, anche in considerazione del suo riconoscimento in altri paesi europei (71). In questa situazione, se l'abrogazione non è un obiettivo realizzabile, la somministrazione dovrebbe essere quanto meno riformata in modo integrale.

Senza poter indicare nel dettaglio le numerose modifiche che andrebbero realizzate, va detto che sicuramente occorrerebbe procedere all'abrogazione dello *staff leasing*. Una delle ragioni principali dalla sua eliminazione è lo scarsissimo uso di questa tipologia contrattuale. Secondo una ricerca operata dalla Confindustria riferita all'anno 2004, l'utilizzazione assai ridotta di questo contratto è giustificata dall'assenza di interesse da parte delle imprese, in quanto lo *staff leasing* non sembra «andare incontro alle esigenze organizzative e alla particolare attività svolta dalle aziende intervistate» (72). Si tratta di valutazioni che di per sé dovrebbero sollecitare l'eliminazione dell'istituto, anche in considerazione delle potenzialità elusive prima descritte (la sostituzione del lavoratore sgradito in qualsiasi momento). Senza dimenticare, inoltre, i problemi connessi alla mancanza di un rapporto di integrazione stabile tra lavoratori e l'organizzazione produttiva, e questo in relazione a va-

viare a V. Speziale, *La nuova legge sul contratto a termine*, DLRI, 2001, pp. 378 ss.; Idem, *Il contratto a termine*, in *Interessi e tecniche di tutela nella disciplina del lavoro flessibile*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 427 ss.; L. Montuschi, *Il contratto a termine: istruzioni per l'uso*, in DLRI, 2003, pp. 154 ss.; L. Angelini, *La riforma del contratto a tempo determinato: temporaneità delle esigenze aziendali e ruolo del sindacato*, in q. Riv., 2003, I, pp. 77 ss.

(71) Si potrebbe obiettare, infatti, che l'eliminazione dell'istituto danneggerebbe le imprese italiane rispetto a quelle di altri paesi, dove invece la somministrazione è positivamente riconosciuta. Tuttavia, se le medesime esigenze economiche che sono a fondamento dell'istituto possono essere soddisfatte con altri strumenti giuridici e a costi uguali o addirittura inferiori, quest'obiezione perde ogni rilievo.

(72) *L'utilizzo nel 2004 degli strumenti normativi introdotti dalla legge 30/2003*, cit., p. 16. Anche se vengono formulate altre ipotesi sulla scarsa diffusione dell'istituto («appare opportuno però evidenziare che lo *staff leasing* è divenuto operativo solamente nel corso del 2004 a seguito dell'emanazione delle necessarie disposizioni applicative»: p. 16), la ricerca sottolinea anche come la normativa non sia stata utilizzata a causa delle difficoltà tecniche connesse alla sua applicazione e ai problemi nei rapporti con i lavoratori coinvolti o con i sindacati (p. 16).

ri aspetti connessi al «senso di appartenenza» del lavoratore, alla difficoltà di effettuare investimenti nella formazione relativa a un lavoratore stabile e «precario» nello stesso tempo e così via (73).

La somministrazione a termine, se mantenuta, dovrebbe essere riformata seguendo le linee guida del lavoro interinale regolato dalla legge n. 196/1997 (74). Va ribadita, in primo luogo, la sua funzionalizzazione alla soddisfazione soltanto delle esigenze temporanee, che, d'altra parte, le evidenze empiriche dimostrano essere la ragione di gran lunga più importante di utilizzazione dell'istituto (75). Inoltre occorrerebbe restituire alla contrattazione collettiva la funzione essenziale di determinare le causali del ricorso alla somministrazione (attività già svolta positivamente in passato durante la vigenza della legge n. 196/1997). In questo modo si riattribuirebbe al sindacato non solo il ruolo di controllo della quantità della flessibilità introdotta nel sistema, secondo la logica dei tetti quantitativi apposti alle tipologie contrattuali, ma anche quello di regolatore della qualità del lavoro flessibile.

La disciplina del rapporto e del collegamento negoziale tra contratto commerciale e contratto di lavoro dovrebbe essere rivista in senso più garantistico per il lavoratore, anche in questo caso utilizzando le espe-

(73) Alle argomentazioni espresse nel testo P. Ichino replica che «il legame stretto e duraturo fra l'impresa e il lavoratore costituisce un fattore importante dell'organizzazione del lavoro soltanto in alcune parti del tessuto produttivo; ma altrove esso non corrisponde più in modo univoco a un interesse generale comune alle due parti», sottolineando come nelle nuove realtà produttive vi siano modelli di impresa diversi, che richiedono adattabilità e flessibilità e che gli stessi lavoratori possono essere interessati a non investire la propria professionalità su un solo posto di lavoro (*Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa*, cit., p. 271). Rilevo, peraltro, che la mancanza di «senso di appartenenza» potrebbe incidere sulla produttività del lavoratore. L'impegno lavorativo, infatti, potrebbe non essere uguale a quello che avrebbe se si trattasse della «sua impresa», in considerazione del fatto che non ha alcuna garanzia sulla conservazione del rapporto con l'utilizzatore (che potrebbe cessare in qualunque momento). D'altra parte: gli investimenti in formazione (che sono economicamente rilevanti) difficilmente verranno effettuati su un dipendente che costa più di uno «normale» (per la parità di trattamento e per il prezzo della intermediazione dell'agenzia), e che potrebbe sempre essere sostituito dal somministratore, a meno che non ci si assicuri la sua presenza nell'impresa (assumendolo o prevedendo con l'agenzia garanzie di «inamovibilità» presso un altro utilizzatore). In una realtà produttiva caratterizzata dalla «formazione permanente» si tratterebbe di un danno notevole per il lavoratore.

(74) Nel programma dell'Ulivo per le elezioni politiche del 2006 (*Per il bene dell'Italia*, reperibile nel sito www.ulivo.it), si afferma che «la regolamentazione del lavoro interinale dovrà essere rivista, anche considerando la impostazione legislativa definita dal precedente governo di centrosinistra» (p. 162).

(75) Si vedano i dati indicati nella precedente nota 69.

rienze della «legge Treu» e, se possibile, migliorando il quadro delle tutele, in relazione anche al sistema sanzionatorio (76). A parte il necessario adeguamento connesso alla sentenza n. 50 della Corte Costituzionale per quanto riguarda le assunzioni obbligatorie (77), occorrerebbe eliminare la norma che consente, per i lavoratori svantaggiati, l'eliminazione della parità di trattamento nel quadro di programmi di riqualificazione professionale, per l'evidente impossibilità di accettare il principio che l'occupazione in quanto tale giustifica anche la riduzione dei diritti fondamentali (78). Inoltre dovrebbe essere prevista la invalidità delle «clausole di gradimento» che consentono all'utilizzatore, anche dopo il superamento del periodo di prova, di chiedere la sostituzione del lavoratore a lui non gradito e che hanno costituito, anche durante la vigenza della precedente disciplina del lavoro temporaneo, il

(76) Ho già espresso in altra sede l'opinione che la nuova disciplina della somministrazione, pur mantenendo il collegamento negoziale tra contratto commerciale e quello di lavoro, ne ha rimarcato una più forte autonomia e che, comunque, sul piano interpretativo era possibile sostenere che le vicende del rapporto tra agenzia e utilizzatore non potevano prevalere sui diritti inderogabili del lavoratore (V. Speciale, *Condizioni di liceità – Commento all'art. 20 del d.lgs. 276/2003*, cit., pp. 305 ss.). Tuttavia vi sono opinioni diverse sia sul rilievo del collegamento negoziale (v. ad es. P. Ichino, *Appalto*, cit., pp. 291 ss.), sia sulle conseguenze nascenti da tale collegamento (per un riepilogo delle varie posizioni si rinvia a L. Imbriani, *Scissione dei poteri datoriali, difformità di previsioni negoziali e prevalenza del contratto per prestazioni di lavoro temporaneo*, in *RIDL*, 2003, II, pp. 727 ss.). Mi sembra che sarebbe pertanto opportuno ribadire che la disciplina del contratto di lavoro è insensibile alle vicende dell'accordo commerciale (utilizzando anche alcuni spunti provenienti dalla giurisprudenza: si veda, ad es., Cass. 27 febbraio 2003, n. 3020, in *RIDL*, 2003, II, pp. 721 ss.). Sul sistema sanzionatorio v., *infra*, nota 80.

(77) La Corte, infatti, con la sentenza 28 gennaio 2005, n. 50 (in *Gcost*, 2005, p. 1), ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 22, comma 6, del d.lgs. n. 276/2003 che escludeva l'applicazione alla somministrazione della disciplina delle assunzioni obbligatorie e la riserva di cui all'art. 4-bis, comma 3, del d.lgs. n. 181/2000.

(78) Se si intende incentivare l'occupazione di soggetti deboli sul mercato del lavoro, questa funzione promozionale non deve avvenire a scapito dei diritti di lavoratori che per definizione non hanno le stesse opportunità degli altri e dovrebbe operare soltanto sul costo del lavoro e sulle convenienze delle imprese. Qui si rivela la vera «anima» del d.lgs. n. 276/2003: l'occupazione è un bene in sé, a prescindere dai suoi «costi umani». E, in critica a chi ritiene che il lavoratore disabile potrebbe avere retribuzioni inferiori a quelle normali perché così se ne incentiva l'occupazione, si è già osservato che: «l'ordinamento ha scelto di non tutelare il valore "occupazione" a qualsiasi costo, e ciò a scapito di altri valori non sacrificabili: esso non lo tutela, ad es., al punto di tollerare che si ricreino quelle condizioni di concorrenza al ribasso fra lavoratori, virtualmente senza freni, che il diritto del lavoro ha puntato sempre a impedire» (R. Del Punta, *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, cit., p. 38).

sistema per eludere nel modo più semplice le tutele previste a favore del lavoratore (79). Altre incongruenze della disciplina attuale andrebbero riformate (80), e bisognerebbe agire anche sugli incentivi economici alla stabilizzazione del rapporto nel corso della missione o alla sua fine (soprattutto nei casi di reiterazione nell'uso del lavoratore, che dimostra un consistente interesse dell'utilizzatore alle prestazioni di quello specifico soggetto).

L'appalto di servizi e di opere dovrebbe invece costituire il principale strumento di regolazione delle esternalizzazioni. La definizione contenuta nell'art. 29 del d.lgs. n. 276/2003, che contiene alcune utili indicazioni, dovrebbe essere modificata in modo tale da inglobare tutte le numerose forme di appalto oggi esistenti. Il problema non si pone per le attività tradizionali, svolte con strutture organizzative composte da lavoratori, attrezzature e macchinari, ma per le forniture di beni e di servizi effettuate da aziende che utilizzano prevalentemente beni immateriali o per gli appalti ad alta intensità di lavoro. In questo ambito, infatti, alle prestazioni ad alto contenuto tecnologico con l'utilizzazione di competenze specialistiche di elevato profilo, si affiancano appalti di servizi caratterizzati da attività lavorative elementari, alcune di antiche origini (si pensi alle pulizie o al facchinaggio) e altre più moderne (l'assistenza a convegni, le ricerche di mercato, la gestione delle fotocopie e della posta interna, il centralino telefonico, la vigilanza e così via) (81). In queste ultime, inoltre, le attrezzature o i macchinari sono a volte del tutto assenti o di consistenza assai ridotta. Il rischio, in questi casi, è quello di legittimare forme moderne di «caporalato», dove, dietro lo schermo formale della sussistenza di un'impresa intermediaria, tutto

(79) Né si potrebbe obiettare che il lavoratore sostituito conserva in ogni caso i propri diritti. In primo luogo questo è solo parzialmente vero (e riguarda al più la retribuzione), perché in genere l'assunzione presso l'agenzia avviene in funzione di una specifica possibilità occupazionale presso l'utilizzatore e, quando questa viene meno, cessa anche la ragione principale del rapporto di lavoro con il fornitore e, quindi, il contratto si interrompe. A parte questa considerazione, inoltre, la possibilità di non completare la missione a tempo determinato incrementa la situazione di precarietà del lavoratore e potrebbe ledere i suoi diritti fondamentali.

(80) La conversione del rapporto di lavoro con l'agenzia in un contratto alle dipendenze dell'utilizzatore, quando non vi sono i limiti e alle condizioni previste dalla legge, dovrebbe essere consentita non solo su richiesta del lavoratore interessato, ma anche di terzi (ad esempio enti previdenziali, servizi ispettivi pubblici), per non depotenziare il potere di repressione degli illeciti attribuiti a tali soggetti e per ragioni di maggior tutela del lavoratore.

(81) M. T. Carinci, *La fornitura di lavoro altrui*, cit., p. 586.

si riduca a un gruppo di lavoratori formalmente diretti dall'appaltatore ma in tutto e per tutto soggetti alle esigenze organizzative e di coordinamento del committente, e in cui l'intermediario altro non farebbe che riprodurre le disposizioni dell'utilizzatore.

La soluzione del problema consiste, innanzi tutto, nel mantenere fermo il riferimento alla «organizzazione dei mezzi necessari» (art. 1655 cod. civ.), perché non vi è dubbio che tra i «mezzi» siano ricompresi anche i beni immateriali (82). Inoltre, questa definizione consente anche di valorizzare il dato organizzativo che costituisce una delle caratteristiche più importanti delle nuove forme di impresa oggi esistenti (83). Occorrerebbe, inoltre, conservare il requisito dell'assunzione, da parte dell'appaltatore, del rischio di impresa, che può svolgere una positiva funzione quale indice della genuinità del carattere imprenditoriale del fornitore del servizio (84).

Per le forniture di servizi a basso contenuto qualitativo delle prestazioni rese, che costituiscono una realtà difficilmente eliminabile della

(82) P. Ichino, *Appalto*, cit., p. 265, nota 12, in relazione alla nuova definizione introdotta dall'art. 29 del d.lgs. n. 276/2003. D'altra parte, a seguito delle interpretazioni giurisprudenziali in tema di appalti informatici, che hanno confermato come l'apporto organizzativo dell'appaltatore possa coincidere anche con il *know-how* e con fattori «immateriali», è evidente che i «mezzi» previsti dall'art. 1655 cod. civ. non si sostanziano solo in macchinari e attrezzature. Su tali aspetti si rinvia a F. Scarpelli, *Interposizione e appalti di servizi informatici*, in *Nuove tecnologie e rapporti tra imprese*, a cura di O. Mazzotta, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 43 ss.; Idem, *Interposizione e appalti di servizi informatici: un interessante «obiter dictum» della Cassazione sul ruolo del «know-how» di impresa*, in *FI*, 1992, I, pp. 524 ss. (a commento della famosa sentenza della Cassazione a Sezioni Unite n. 10183/1990); R. Del Punta, *Appalto di mano d'opera e subordinazione*, cit., pp. 631 ss.

(83) R. De Luca Tamajo, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, cit., pp. 45-46; R. Romei, *Azienda, impresa, trasferimento*, cit., pp. 60 ss.; Idem, *Cessione di ramo d'azienda e appalto*, in *DLRI*, 1999, pp. 355 ss.

(84) Il concetto è stato criticato per la sua inadeguatezza a cogliere le caratteristiche inedite delle nuove forme di integrazione contrattuale tra imprenditori (L. Corazza, «*Contractual integration*», cit., pp. 122 ss.), oppure si è affermata la difficoltà della sua individuazione e della dimostrazione della sua esistenza (P. Ichino, *Il contratto di lavoro*, cit., p. 457; P. Chieco, *Le nuove esternalizzazioni*, cit., p. 61), e la sua scarsa significatività negli appalti *labour intensive* (P. Ichino, *Appalto*, cit., pp. 265-266). Queste opinioni, in larga parte condivisibili, non sono peraltro tali da escludere la rilevanza definitiva del rischio, che, secondo la dottrina e la giurisprudenza, va considerato come «rischio economico», consistente «nell'alea dell'appaltatore in relazione al rapporto tra il compenso e il costo complessivo della propria attività imprenditoriale» (D. Rubino, G. Iudica, *Dell'appalto*, Zanichelli-Foro Italiano, Bologna-Roma, 1992, p. 20. In tal senso anche Cass. 3 luglio 1979, n. 3754, e molte altre sen-

nostra struttura produttiva (si pensi alle pulizie o alle manutenzioni elementari di macchinari), non mi sembra che il criterio fondamentale per distinguere un appalto genuino da un mero intermediario fittizio sia quello dell'apporto di competenze specialistiche del fornitore (e in coerenza con alcune interpretazioni proposte per l'attuale art. 29 del d.lgs. n. 276/2003) (85). Infatti, a me sembra che, nella stragrande maggioranza degli appalti a basso contenuto professionale, l'apporto dell'appaltatore si riduca, nei suoi aspetti essenziali, alla mera direzione del lavoro, e che cogliere un *know-how* specifico sia molto difficile o che, almeno, la sua esistenza non costituisca la ragione fondamentale di scelta del contraente esterno. In queste situazioni, infatti, il ricorso a fornitori è giustificato dalla totale estraneità del servizio rispetto al proprio ciclo produttivo (ad es. le pulizie, il trasporto merci ecc.) e, quindi, dalla volontà di non svolgere compiti che non sono parte della normale organizzazione produttiva del committente. Oppure l'appalto è motivato dal risparmio dei costi di organizzazione rispetto a quelli operativi connessi alla fornitura esterna (86).

La soluzione, in realtà, potrebbe anche essere diversa. Si tratterebbe di racchiudere in un decreto ministeriale gli appalti di servizio o di

tenze). In questo ambito, l'elemento indicato può costituire indice della genuinità del carattere imprenditoriale dell'appaltatore, soprattutto quando di fatto l'impresa appaltatrice non sopporta alcuna alea, in quanto i maggiori costi derivanti dall'esecuzione dell'opera gli vengono automaticamente riconosciuti in ogni caso (ad esempio con l'adeguamento automatico del corrispettivo in relazione agli incrementi delle retribuzioni dei suoi dipendenti: P. Chieco, *op. ult. cit.*, p. 61, nota 348) e quindi vi sarebbero fondati sospetti che non si sia in presenza di un imprenditore vero e proprio.

(85) Il riferimento è a P. Chieco, *Le nuove esternalizzazioni*, cit., p. 66; F. Scarpelli, *Somministrazione irregolare*, in *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, cit., p. 422; M. Tiraboschi, *Somministrazione, appalto di servizi, distacco*, cit., p. 226.

(86) In senso contrario Cass. 29 agosto 2003, n. 12664 (in *RIDL*, 2004, II, pp. 48 ss.), secondo la quale negli appalti di servizi di contenuto puramente manuale o personale l'appaltatore, oltre alla organizzazione del lavoro, può fornire una "professionalità specifica", consistente «nella capacità di gestione di [...] attività apparentemente elementari, ma che richiedono conoscenza approfondita delle modalità operative, esperienze del mercato, degli strumenti anche di consumo necessari (come negli appalti di pulizia) e, ormai, quasi universalmente, supporti informatici di gestione». Questa opinione, oltre a enfatizzare competenze specialistiche che non mi sembrano esistenti, non considera che esse non sono quelle determinanti nell'orientare l'impresa a scegliere un fornitore esterno in luogo della esecuzione diretta del servizio. Le ragioni sono invece quelle indicate nel testo e non hanno nulla a che vedere con la professionalità dell'appaltatore.

opere elementari, con un sistema mutuato da quanto in precedenza stabilito dagli artt. 3 e 5 della legge n. 1369 del 1960. Per questo tipo di servizi, la loro inclusione nell'elenco consentirebbe di ritenere legittimi i relativi appalti a prescindere dal «contenuto innovativo» del servizio reso, e purché, ovviamente, l'appaltatore sia un vero imprenditore e vi sia l'esercizio, da parte sua, del potere di direzione e organizzazione dei lavoratori (87). L'elenco, che dovrebbe avere carattere tassativo, potrebbe inoltre essere aggiornato per includervi le nuove forme di servizi a basso contenuto qualitativo che scaturissero dalla realtà economica. Oltre alle tipologie espressamente previste nel decreto ministeriale, occorrerebbe introdurre una nuova definizione di appalto, che: a) confermi la necessità dell'esistenza del rischio di impresa e della organizzazione dei mezzi materiali e immateriali da parte dell'appaltatore (incluso, ovviamente, il coordinamento e il controllo dei dipendenti); b) specifichi che, in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto, l'organizzazione dei mezzi necessari può risultare dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati, purché sia tale da esprimere un patrimonio di conoscenze, esperienze e professionalità di cui il committente sia privo (88). In questo modo il *know-how* verrebbe a essere effettivamente valorizzato anche sul piano qualificatorio e sarebbe in grado di limitare l'abuso di appalti dove gli apporti innovativi sono inesistenti (89). Inoltre la definizione proposta sarebbe in grado di cogliere tutte le diverse sfaccettature della realtà produttiva, includendo sia gli ap-

(87) Ad esempio, in relazione ai servizi di pulizia, custodia, portineria, movimentazione merci, oggi inclusi tra quelli per i quali può essere utilizzato lo *staff leasing*.

(88) In coerenza con le opinioni espresse nella precedente nota 85, ma con la differenza che, invece di desumere il *know-how* in via interpretativa, esso dovrebbe essere specificato nella disposizione legislativa nel modo indicato.

(89) La definizione proposta nel testo è in parte diversa da quella contenuta nel regolamento (Ce) 27 aprile 2004, n. 772, sugli accordi di trasferimento di tecnologie, dove si afferma che il *know-how* è «un patrimonio di conoscenze pratiche non brevettate, derivanti da esperienze e da prove», che sia segreto («vale a dire non generalmente noto, né facilmente accessibile»), sostanziale (e cioè «significativo e utile per la produzione dei prodotti contrattuali») e individuato («descritto in modo sufficientemente esauriente, tale da consentire di verificare se risponde ai criteri di segretezza e sostanzialità»). Infatti, nella nozione indicata non viene richiesta la segretezza, mentre è valorizzato il carattere innovativo delle conoscenze ed esperienze rispetto a quelle possedute dal committente, in coerenza con quanto previsto nella definizione comunitaria. Anche Cass. n. 10183/1990, sugli appalti informatici, contiene una definizione di *know-how* che potrebbe fornire utili spunti definitivi.

palti tradizionali che quelli «dematerializzati» o dove il lavoro costituisce il valore aggiunto principale del servizio (90).

In questo contesto, inoltre, occorrerebbe valorizzare l'autonomia collettiva. I contratti collettivi nazionali di lavoro, stipulati dai sindacati realmente rappresentativi, dovrebbero poter definire i casi in cui è possibile ricorrere all'appalto e questo sia in relazione a quelli di contenuto meno qualificante (con possibilità di integrare, quindi, il contenuto del decreto ministeriale), sia agli appalti di più elevata qualità e sempre nell'ambito della definizione selettiva adottata dalla legge (senza quindi una delega «in bianco») (91).

Un problema da non trascurare, inoltre, è quello della individuazione di indici economici e organizzativi che, insieme al rischio di impresa, siano in grado di consentire la selezione di veri imprenditori e non di intermediari privi di consistenza economica e organizzativa. In una realtà caratterizzata dalla presenza di imprese di piccole (o piccolissime) dimensioni e, in alcune aree del paese, da arretratezza economica del tessuto produttivo (si pensi solo al fenomeno del lavoro sommerso), il pericolo che l'appaltatore sia un mero «schermo formale» senza nessuna imprenditorialità è certamente reale. Per scongiurare questa evenienza, si potrebbe seguire il modello delineato dall'art. 84 del d.lgs. n.

(90) Il riferimento al *know-how* è ovviamente destinato ad avere una funzione selettiva negli appalti di servizi a bassa intensità organizzativa. In questi ultimi la capacità innovativa potrà consistere nel fatto che «nell'attività di organizzazione e direzione del personale impiegato la fornitrice del servizio trasfonda un "capitale immateriale" fatto di capacità, conoscenze, reti di relazioni, tecniche di controllo, formazione e aggiornamento professionale» che sia in grado di dare «valore aggiunto» alle prestazioni dei lavoratori (P. Ichino, *Il contratto di lavoro*, cit., p. 460). Negli appalti di opere o di servizi, dove, al contrario, i mezzi materiali (o immateriali diversi dalle mere conoscenze dei lavoratori, come ad esempio le tecnologie applicate) hanno rilievo determinante, è sufficiente fare riferimento alla definizione tradizionale (esplicitata nel testo *sub a*).

(91) A parte la necessità di selezionare soggetti sindacali effettivamente rappresentativi e di evitare che l'integrazione della norma legale venga affidata a contratti aziendali (per ragioni evidenti di «debolezza contrattuale» del sindacato o per la sua assenza), occorrerebbe specificare che la delega alle Oo.Ss. viene effettuata affidando un potere di specificazione della definizione legislativa, senza possibilità di derogare ai requisiti previsti dalla legge. Si tratterebbe, in sostanza, di evitare quanto è accaduto per i contratti a termine con l'art. 23 della legge n. 56/1987, che la giurisprudenza (recentemente confermata da Cass., Ss.Uu., 2 marzo 2006, n. 4558) ha interpretato come attributiva alla contrattazione collettiva di una vera e propria «delega in bianco», con possibilità non solo di aggiungere nuove causali a tempo determinato, ma anche di modificare quelle legali.

276/2003, con la predeterminazione con decreto ministeriale di indici di «genuinità imprenditoriale» che recepiscano anche le acquisizioni della contrattazione collettiva. Si tratterebbe di individuare elementi che tengano conto della consistenza economica e organizzativa dell'impresa sia dal punto di vista formale che sostanziale, e che scongiurino fenomeni di «nuovo caporalato» (92).

6. — *Segmentazione del processo produttivo e nuove forme di tutela del lavoro subordinato: la codatorialità e la sua influenza sui costi delle imprese* — Le riforme delle tipologie contrattuali prima descritte costituiscono, peraltro, soltanto un aspetto del problema di un effettivo «governo» delle esternalizzazioni (93). Il passo successivo e sicuramente determinante è quello di una radicale riforma delle discipline giuridiche di tutela del lavoro subordinato. I processi di segmentazione dell'impresa possono ridurre in modo consistente i diritti individuali e collettivi dei lavoratori coinvolti. Queste conseguenze si legano a una realtà ben precisa: lo *spiazzamento* delle discipline di protezione del lavoro subordinato. Non vi è dubbio, infatti, che l'impianto complessivo delle norme a tutela del lavoratore si basa sulla relazione diretta con il datore di lavoro, mentre i diritti sindacali sono strettamente collegati all'esistenza di un'impresa che concentra in uno stesso ambito spaziale tutte le sue funzioni fondamentali e che crea tra i lavoratori una comunanza di interessi e situazioni che giustificano la tutela di interessi collettivi e la connessa azione sindacale. Al contrario i fenomeni analizzati pongono in discussione proprio le caratteristiche prima descritte sotto un duplice profilo: da un lato segnano la dissociazione tra titolarità del rapporto di lavoro e sua effettiva utilizzazione come carattere fisiologico delle attività produttive. Dall'altro pongono in crisi il fenomeno dell'impresa come struttura unitaria, in un contesto produttivo dove, accanto a quelle tradiziona-

(92) Si potrebbe fare riferimento, ad es., a un minimo di consistenza organizzativa (sede, uffici ecc.), alla iscrizione alla Camera di Commercio, alla redazione dei bilanci e della contabilità, alla presenza di determinate capacità finanziarie (intese anche come credito bancario utilizzabile), alla disponibilità delle attrezzature specifiche per svolgere le opere o i servizi e così via.

(93) In realtà la regolazione dei processi di segmentazione dell'impresa implica anche l'analisi dei problemi connessi alla disciplina del trasferimento di ramo di azienda e al rapporto tra quest'ultima e gli appalti di opere o di servizi. Tuttavia, gli aspetti indicati richiederebbero uno studio a parte, che per esigenze di spazio non è possibile affrontare in questa sede.

li, vi è la presenza della «fabbrica multi-societaria» (94), in cui differenti soggetti giuridici e organizzazioni aziendali operano fianco a fianco nel medesimo ambito produttivo. Senza dimenticare, inoltre, la diffusione dell'impresa «rete», vero e proprio esempio di «diluizione della funzione imprenditoriale» (95), che si segmenta in realtà connesse e autonome (e con differenti gradi di integrazione).

Il mutamento del contesto economico-normativo richiede una strumentazione giuridica innovativa, che parta dalle nuove forme di organizzazione delle attività produttive. Il riferimento è alle imprese che, al fine di garantire la produzione di beni o di servizi, si collegano tra loro in base a rapporti contrattuali stabili e creano una vera e propria organizzazione integrata, dove l'appaltatore condivide gli interessi organizzativi della impresa appaltante (96). In questo contesto i lavoratori delle imprese fornitrici sono «terminali organizzativi» di quella principale e svolgono funzioni produttive in tutto e per tutto analoghe a quelle dei dipendenti diretti del committente. Tale analogia di funzioni, che è addirittura evidente da un punto di vista fisico e spaziale nel caso di appalti *intra moenia*, è peraltro presente anche in quelli svolti al di fuori della sede della committente, perché le nuove tecnologie informatiche e delle telecomunicazioni consentono di integrare in forma stabile entità assai lontane nello spazio.

Dal punto di vista del diritto del lavoro le esigenze di tutela dei lavoratori coordinati dall'appaltatore sono identiche a quelle dei dipendenti che sono subordinati al committente. In entrambi i casi, proprio perché le loro attività sono funzionali al raggiungimento degli obiettivi economici di un imprenditore, il diritto del lavoro deve tutelare la persona del lavoratore per impedire che la sua «gestione» quale fattore della produzione si traduca nella lesione di diritti fondamentali, oltre che per limitare e razionalizzare i poteri finalizzati a soddisfare le esigenze organizzative dell'impresa. In tale ambito poco importa che l'appaltatore sia un «imprenditore genuino» o che esistano reali rapporti commerciali che mettono in relazione imprese distinte. Lo «schermo» delle differenti per-

(94) R. De Luca Tamajo, *I processi di terziarizzazione intra moenia ovvero la fabbrica «multisocietaria»*, in *Dir. merc. lav.*, 1999, pp. 49 ss.; Idem, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, cit., pp. 54 ss.; U. Carabelli, *Organizzazione del lavoro e professionalità*, cit., p. 78 (a cui si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche).

(95) G. Giugni, *Una lezione sul diritto del lavoro*, in *DLRI*, 1994, p. 209.

(96) Si rinvia al precedente par. 2.

sonalità giuridiche e la effettività delle rispettive realtà imprenditoriali non esclude che, dal punto di vista degli interessi organizzativi, vi sia quella identità delle posizioni giuridiche dei lavoratori che rispecchia le medesime esigenze di protezione. Ma come realizzare questo identico bisogno di tutela?

Da tempo una parte della dottrina italiana, che ha esaminato i problemi di segmentazione dell'impresa, ha proposto di regolare i nuovi fenomeni utilizzando la nozione di «dipendenza economica» e di «integrazione contrattuale» (97), estendendo ai dipendenti dell'appaltatore che si trovino in specifiche condizioni tutele particolari quali la parità di trattamento e la responsabilità solidale (98). A me sembra che occorra procedere oltre, affermando, *in determinate situazioni e solo per specifici aspetti*, una vera e propria *condivisione* delle discipline del rapporto di lavoro subordinato. Se, d'altra parte, lo sviluppo del diritto del lavoro è connesso alla necessità di porre limiti su colui che effettivamente utilizza le prestazioni lavorative, è evidente che quando il lavoro soddisfa esigenze condivise e integrate tali limiti non possono gravare su un solo soggetto, ma debbono estendersi a tutti i beneficiari dell'attività lavorativa.

La codatorialità, peraltro, può essere realizzata senza mutare la struttura del rapporto di lavoro. In base alla opzione qui proposta, il lavoratore rimane sempre alle dipendenze dell'appaltatore e il complesso dei diritti e dei doveri che connotano il rapporto sono sempre ascrivibili a una relazione bilaterale con il datore di lavoro. Tuttavia la condivisione dell'interesse organizzativo e la stretta funzionalità del rapporto di lavoro a soddisfare esigenze produttive di un altro imprenditore non può non riflettersi sulla dinamica dei rapporti di lavoro. E questo anche in considerazione del fatto che tra contratto commerciale e contratti di lavoro vi è un collegamento negoziale che unifica i due accordi per la realizzazione di una medesima operazione economica (garantire al committente la soddisfazione di sue necessità produttive stabili) e che influenza anche l'esercizio dei poteri imprenditoriali (perché, ad esempio, la direzione e il coordinamento dei dipendenti dell'appaltatore è fina-

(97) L. Corazza, *Appalti «interni» all'azienda: inadeguatezza del criterio topografico alla luce delle tecniche di esternalizzazione dell'impresa*, in *MGL*, 1998, p. 854; Idem, «Contractual integration», cit., pp. 65 ss., 113 ss., 165 ss.; F. Scarpelli, *Interposizione e appalti di servizi informatici*, in *Nuove tecnologie e rapporti tra imprese*, cit., pp. 85 ss.; P. Ichino, *Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa*, cit., pp. 265 ss.

(98) In tale senso, ad es., Ichino e Corazza citati nella nota precedente.

lizzata anche e soprattutto a soddisfare gli interessi organizzativi del committente) (99). In questo contesto la codatorialità deve manifestarsi in diverse forme: a) nell'applicazione della parità di trattamento economico e organizzativo tra i dipendenti del committente e quelli dell'appaltatore; b) nella responsabilità solidale di entrambe le imprese per i crediti sorti nell'esecuzione del lavoro; c) nella imputazione all'appaltante e alla impresa appaltatrice degli effetti di determinate scelte imprenditoriali e nella modulazione delle discipline giuridiche in modo tale che la protezione del lavoratore venga garantita nei confronti di tutti e due i soggetti (e in particolare in relazione al committente).

Prima di analizzare nel dettaglio le proposte indicate, va detto che la codatorialità e le responsabilità congiunte trovano conferma in discipline giuridiche proprie di altri paesi e che esse sono rinvenibili anche nel nostro ordinamento. In relazione al primo aspetto, la *Joint Employment Doctrine*, diffusa negli Stati Uniti, regola i fenomeni di segmentazione delle imprese con l'attribuzione della qualifica di datore di lavoro «a più di un soggetto, in tutte le ipotesi in cui, al di là della qualifica formale, sia possibile affermare che diversi imprenditori *codeterminano* le condizioni di svolgimento del rapporto di lavoro» (100). In questi casi, la codatorialità si manifesta in vari aspetti (ad es. la responsabilità per comportamenti antisindacali, la definizione degli ambiti della contrattazione collettiva, la responsabilità congiunta per il rispetto dei minimi salariali e dell'orario di lavoro, la disciplina dei congedi parentali ecc.) (101) e sempre con riferimento a contratti che prevedono la esternalizzazione delle attività produttive.

D'altra parte la somministrazione di mano d'opera, attraverso la condivisione dei poteri datoriali, la parità di trattamento economico e normativo e altre caratteristiche essenziali (102), dimostra che la codatorialità è, nell'ambito della segmentazione dei processi produttivi, ormai penetrata nel nostro ordinamento. Si può discutere se, in questa situazione, sia possibile affermare che il rapporto di lavoro è imputabile sia al somministratore che all'utilizzatore (codatorialità formale) o se, al contrario, a fronte di un solo titolare del contratto (l'a-

(99) Si veda, *retro*, il par. 2.

(100) L. Corazza, «*Contractual integration*», cit., p. 227.

(101) L. Corazza, «*Contractual Integration*», cit., pp. 226-231.

(102) Tra cui la responsabilità solidale per i crediti retributivi e i trattamenti previdenziali, la codeterminazione delle condizioni che riguardano la sicurezza del lavoro, l'imputazione in capo all'utilizzatore della responsabilità civile verso i terzi.

genzia per il lavoro) sia configurabile una condivisione di discipline giuridiche (codatorialità sostanziale) (103). Tuttavia, non vi è dubbio che l'imputazione a più soggetti di poteri e obblighi nascenti dal rapporto di lavoro sia una tecnica normativa certamente non sconosciuta nel diritto del lavoro italiano. E nello stesso ambito va iscritta la responsabilità congiunta del committente e dell'appaltatore in materia di sicurezza del lavoro dei dipendenti dell'impresa esecutrice dell'opera o del servizio quando vi sia un appalto interno alla struttura imprenditoriale dell'appaltante (104). Anche in questo caso, infatti, la legge, proprio prendendo atto delle particolari condizioni ambientali in cui si svolge il lavoro e dell'inerenza dell'appalto alla soddisfazione delle esigenze organizzative del committente, supera il principio, sancito dall'art. 1655 cod. civ., della formale imputazione della responsabilità in capo all'organizzatore dei mezzi produttivi e la attribuisce anche a chi di fatto condiziona le dinamiche organizzative di esecuzione dell'opera o del servizio.

La estensione all'appaltante di obblighi economici e giuridici potrebbe essere contestata in base alla teoria dei costi di transazione. Se, infatti, la ragione principale delle esternalizzazioni è la maggiore convenienza delle prestazioni rese da fornitori rispetto a quelle eseguite con propri dipendenti (che comportano costi di organizzazione superiori), la parità di trattamento (a cui aggiungere il corrispettivo dell'appaltatore) e le maggiori tutele normative, che condizioneranno il potere di libera gestione dei lavoratori del fornitore (in relazione ai licenziamenti, alla sostituzione dei lavoratori in malattia ecc.), di fatto incrementeranno i costi di transazione in modo tale da escludere il vantaggio economico dell'appalto esterno.

Si potrebbe affermare che, in realtà, quelle descritte sono innovazioni che non incidono sui costi di transazione propriamente detti.

(103) Si vedano, sul tema della codatorialità e della «duplicazione» dei creditori della prestazione lavorativa, le diverse opinioni di P. Ichino, *Appalto*, cit., pp. 294 ss. sulla somministrazione e, in relazione al lavoro temporaneo, di M. Tiraboschi, *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera. Contributo allo studio della fattispecie lavoro intermittente tramite agenzia*, Giappichelli, Torino, 1999, pp. 315 ss.; A. Nicolai, *Lavoro temporaneo e autonomia privata*, Giappichelli, Torino, 2003, pp. 372 ss. (a cui si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche).

(104) Responsabilità prevista dall'art. 7 del d.lgs. n. 626/1994. Si vedano, sul punto, L. Corazza, «*Contractual integration*», cit., pp. 186 ss.; M. T. Carinci, *La fornitura di lavoro altrui*, cit., pp. 543 ss. (a cui si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche).

Questi ultimi, infatti, sono oneri connessi alla selezione del contraente, alla conclusione del contratto e alle eventuali garanzie dell'adempimento da parte dell'appaltatore (105), mentre la codatorialità incide sui costi di gestione complessivi dell'operazione economica e non su quelli descritti. Questa considerazione, indubbiamente fondata, non muta la sostanza del problema, perché si tratterebbe sempre di innovazioni che potrebbero avere in ogni caso un impatto negativo sui processi di esternalizzazione (perché li renderebbe meno convenienti) ed è quindi necessario non sottovalutare questo aspetto della questione. L'incremento degli oneri economici a carico delle imprese, inoltre, potrebbe essere contestato sostenendo che le ragioni di tutela dei lavoratori devono prevalere sulle esigenze economiche delle imprese e che, d'altra parte, rendere meno agevoli le esternalizzazioni può contribuire alla valorizzazione del capitale umano, in coerenza con alcune analisi economiche già descritte (106). Tuttavia, a parte queste considerazioni, in realtà la codatorialità, nel senso sopra specificato, può trovare una propria giustificazione anche nell'ambito delle convenienze economiche e organizzative delle imprese.

Si è già visto, infatti, che l'*outsourcing*, oltre che per l'abbattimento dei costi operativi, è giustificato anche dalla possibilità di concentrarsi sugli obiettivi strategici, dalla capacità di liberare risorse finanziarie e umane e dall'accesso a competenze specialistiche esterne (107). Per quanto riguarda i primi due aspetti, si tratta di elementi che comportano l'abbattimento dei costi di organizzazione interni (per la maggiore efficienza che si determina in conseguenza della concentrazione di lavoro e di capitali sul *core business*). D'altra parte, la creazione di competenze specialistiche elevate non in possesso dell'impresa comporterebbe oneri economici interni di gran lunga superiori a quelli nascenti dal loro reperimento sul mercato tramite un fornitore esterno: anche in questo caso, dunque, è più opportuno procurarsi fuori dall'impresa un determinato bene o servizio. Inoltre, anche nella forma più moderna di esternalizzazione, quella dell'impresa rete, in cui la *core competence* consiste nel coordinare i vari soggetti che compongono l'organizzazione reticolare, la condivisione di compiti e il grado di specializzazione di ciascuna delle «molecole» della rete è un valore ag-

(105) V., *retro*, par. 2.

(106) Si rinvia al saggio di D. H. Autor, citato nella precedente nota 56.

(107) V., *retro*, par. 2.

giunto che può in ogni caso rendere competitiva la struttura pur in presenza dell'aggravio dei costi operativi derivante dalla codatorialità.

La convenienza della esternalizzazione, inoltre, può dipendere dalla flessibilità derivante dalla esistenza di un unico contratto che consente di definire, di volta in volta, le variabili che si presentano e che determina una diminuzione dei costi di transazione, perché evita un processo continuo di rinegoziazione dei contenuti contrattuali (con gli annessi oneri economici) (108). In questo caso il ricorso a rapporti contrattuali stabili si giustifica a prescindere dai contenuti specifici della qualità di apporto reso dal fornitore. Un'ulteriore ragione economica che legittima il ricorso a queste tipologie contrattuali può essere individuata nel grado di integrazione tra committente e appaltatore e nel livello di investimenti idiosincratichi che sono stati immessi nel contratto, consistenti in «quegli investimenti – materiali o immateriali – che sono posti in essere da un soggetto sul presupposto del perdurare di una determinata relazione contrattuale e risultano, pertanto, difficilmente riconvertibili al di fuori di quel contesto relazionale di partenza» (109). Questi investimenti, che possono essere effettuati anche nei rapporti tra imprese, sono indubbiamente realizzati soprattutto dal fornitore del servizio che instaura una relazione stabile e integrata con un imprenditore (110). Tuttavia anche il committente investe lavoro e risorse economiche che sono finalizzate a «formare» l'impresa appaltatrice affinché quest'ultima sia in grado di svolgere un'attività che realizzi gli *standards* attesi, con investimenti che sono diretti a integrare l'appaltatore nella propria organizzazione. Si va dalle specifiche produttive, connesse al contenuto dei prodotti o dei servizi da realizzare, a tutte quelle indicazioni e regole organizzative che servono a garantire la massima sinergia tra le due imprese in relazione ai tempi di consegna, alla qualità del bene o del servizio, ai controlli sull'attività e così via. L'interruzione di un rapporto contrat-

(108) L. Corazza, «*Contractual integration*», cit., pp. 89, 113, 114.

(109) L. Corazza, *op. ult. cit.*, pp. 86 ss.

(110) Per l'appaltatore gli investimenti si identificano nell'acquisto di attrezzature o di macchinari che soddisfino gli *standards* richiesti dal committente, nella formazione del proprio personale in modo da garantire la qualità dei servizi pretesi, nella adozione di tecniche organizzative che favoriscano l'integrazione produttiva con il committente. Si è sottolineato, ad esempio che, nell'ambito del *franchising*, il *franchisee* compie degli investimenti strettamente connessi al contratto commerciale che saranno «difficilmente riconvertibili al di fuori del sistema di *franchising*» e che producono un vero e proprio effetto di «incastro» nella relazione contrattuale (L. Corazza, «*Contractual integration*», cit., pp. 86 ss.).

tuale stabile con le caratteristiche indicate comporta un notevole aggravio dei costi di organizzazione interna con il nuovo appaltatore, almeno fino a quando il subentrante non sia in grado di avere la stessa efficienza organizzativa di quello precedente (111).

Tutti gli elementi indicati sono tali da giustificare i processi di segmentazione dell'impresa anche in presenza di un incremento degli oneri economici connessi alla estensione delle tutele economiche e normative. Tra l'altro, una conferma indiretta di questa affermazione può essere rinvenuta nel fatto che negli Stati Uniti, dove i fenomeni di *outsourcing* hanno trovato il loro terreno più fertile, «si assiste al decentramento verso imprese di dimensioni consistenti» (112). In questo caso, dunque, la segmentazione del processo produttivo non sembra motivata da esigenze di minor costo dovute alle ridotte dimensioni delle imprese fornitrici (che hanno oneri economici e organizzativi inferiori connessi proprio a tale caratteristica dimensionale), ma da ragioni di efficienza qualitativa del servizio reso.

Le convenienze economiche descritte potrebbero non verificarsi sempre, perché il basso contenuto qualitativo dell'appalto (si pensi ai lavori di pulizia o di facchinaggio) o l'incremento dei costi operativi derivante dalla codatorialità sarebbe tale da non compensare i risparmi dei costi organizzativi interni. In queste ipotesi, dunque, la riforma qui proposta potrebbe scoraggiare alcune forme di *outsourcing*. Va detto, tuttavia, che, a parte alcuni possibili temperamenti che saranno in seguito analizzati, il possibile effetto su alcuni tipi di esternalizzazione non sarebbe necessariamente negativo. Se il modello da perseguire non è quello della mera competitività basato esclusivamente sulla riduzione dei costi e delle tutele giuridiche dei lavoratori, non vi è dubbio che limitare i processi di segmentazione dell'impresa che hanno queste finalità può essere positivo e rispecchiare criteri di efficienza produttiva.

Da questo punto di vista il riferimento alla disciplina europea può dare delle utili indicazioni. Le recenti vicende connesse alla «Direttiva Bolkestein» confermano come la liberalizzazione dei servizi in ambito europeo non può avvenire in base alla regola delle convenienze nascenti dalla applicazione di normative nazionali che rendono il servizio me-

(111) Senza considerare, inoltre, che la stessa continuità dei rapporti contrattuali crea delle sinergie nei comportamenti e nei rapporti tra le organizzazioni delle imprese la cui interruzione di per sé determina un danno, in quanto esse non sono facilmente sostituibili.

(112) L. Corazza, *op. ult. cit.*, p. 76.

no oneroso dal punto di vista economico. D'altra parte, l'esclusione del diritto del lavoro dall'ambito di applicazione della disciplina conferma, in misura ancora più accentuata, l'impossibilità di assimilare il rapporto di lavoro a un qualunque servizio a favore delle imprese (113). L'Europa non ha scelto il modello della competitività basato sulla concorrenza tra sistemi regolativi del lavoro che hanno costi molto più ridotti dovuti alle differenti tradizioni storiche e ai contesti economici dei paesi dell'Unione. Un modello che, pur potendo determinare un vantaggio per i consumatori per la possibile riduzione dei prezzi, avrebbe grandemente minacciato la coesione sociale e avrebbe anche influito sul livello di efficienza delle imprese. Infatti, la possibilità di fornire servizi a costi molto più contenuti rispetto a quelli nazionali, avrebbe favorito la scelta di fornitori che, *a prescindere* dalla qualità del servizio reso, sarebbero stati economicamente più convenienti. Una opzione che certamente non avrebbe favorito la selezione delle imprese in ragione della loro efficienza e che non avrebbe quindi stimolato processi innovativi negli operatori economici e il livello complessivo di competitività del mercato.

7. — *I criteri per individuare i rapporti di integrazione contrattuale e i limiti di tutela connessi alla condivisione del rapporto di lavoro* — La codatorialità in precedenza analizzata presuppone che vengano identificati dei criteri che consentano di affermarne l'esistenza e che comportino l'applicazione delle tutele che saranno meglio specificate in seguito. Le caratteristiche prima descritte delle forme di esternalizzazione implicano che i due principali elementi che dovrebbero connotare la codatorialità sono la perduranza e stabilità nel tempo della relazione contrattuale tra le imprese e l'integrazione organizzativa che tra esse si viene a determinare. Il primo elemento è di carattere temporale ed esclude, quindi, i vincoli contrattuali di carattere episodico o limitati nel tempo (114). Il secondo, al contrario, è connesso al tipo di attività svolta: in linea teorica, e salve le ulteriori precisazioni, qualsiasi

(113) Si veda il testo licenziato dal Parlamento europeo (reperibile nel sito www.europa.eu.int) che ha modificato l'originaria versione della Direttiva nel senso indicato nel testo.

(114) Ovviamente, la reiterazione di brevi contratti tra i medesimi imprenditori non escluderebbe la stabilità della relazione economica e il carattere elusivo dell'operazione, con conseguente applicazione della disciplina prevista per le imprese con rapporti di integrazione contrattuale.

attività di fornitura di un bene o di un servizio che, a prescindere dal suo contenuto, venga realizzata in forma stabile è tale da poter determinare l'integrazione contrattuale. E questo sia con riferimento a situazioni «classiche» di sub-fornitura sia ai servizi innovativi di carattere materiale o immateriale (115).

I rapporti di integrazione organizzativa, peraltro, possono essere limitati sotto il profilo soggettivo (in relazione alle caratteristiche delle imprese o dell'appaltante) e oggettivo (in connessione all'attività svolta). Non vi è dubbio che la codatorialità vada esclusa nei casi in cui il committente sia una persona fisica che non esercita attività professionale o di impresa, perché in questo caso, anche se vi sono relazioni di mercato, non sussistono le condizioni che giustificano una tutela speciale dei lavoratori dell'appaltatore. E ovviamente l'esclusione deve operare anche in tutti i casi in cui il fornitore sia una persona fisica senza addetti alle proprie dipendenze. Per quanto riguarda i rapporti tra imprenditori, indubbiamente le situazioni di «mono-committenza» o di «dipendenza economica» dovrebbero essere ricomprese nel regime della codatorialità. In questi casi, infatti, l'integrazione stabile con l'impresa committente nella fornitura di un bene o di un servizio è rafforzata dal fatto che l'appaltatore concretamente opera quale terminale «esclusivo (o quasi esclusivo)» della prima e ha modulato la sua attività di impresa con investimenti idiosincratici che sono ritagliati su misura per le esigenze dell'utilizzatore, in relazione, ad esempio, alle attrezzature, ai beni materiali e immateriali, alle regole organizzative, ai requisiti di qualità del lavoro e così via (116). Questa situazione di dipendenza configura una condizione di «duplice» debolezza contrattuale dei lavoratori dell'appaltatore. Essi, infatti, quali strutture produttive «decentrate» del committente, subiranno le conseguenze di eventi economici e organizzativi che colpiscono l'impresa appaltante, in misura del tutto analoga ai lavoratori direttamente assunti da quest'ultima. Inoltre, l'interruzione dei rapporti contrattuali tra i due imprenditori per qualsiasi evenienza (incluse le migliori condizioni economiche offerte da un concorrente) è un ulteriore elemento che può

(115) In relazione, ad esempio, al *marketing*, alla gestione dei clienti o delle vendite, alla certificazione di qualità e così via.

(116) Si veda, *retro*, il par. 6, testo e nota 110. In questo caso si determina quella situazione di «incastro contrattuale» dell'appaltatore già descritta, e, cioè, di difficile riciclabilità sul mercato degli investimenti specifici di carattere economico, tecnico e organizzativo connessi a quel rapporto contrattuale.

tradursi nella lesione degli interessi dei lavoratori, anche in considerazione della difficoltà per l'appaltatore di trovare nuovi committenti e di riconvertire nel mercato gli investimenti specifici effettuati (117). Si tratta, quindi, di una situazione che richiede particolari esigenze di protezione.

La condizione di mono-committenza o di dipendenza può essere identificata in base a indici specifici, connessi, in particolare, ai volumi di fatturato, che costituiscono il principale indicatore dei rapporti economici tra imprese (118). In tale ambito si potrebbe utilizzare la nozione di «influsso gestionale prevalente» già prevista dall'art. 12 della legge n. 223 del 1991 (119), o utilizzare una definizione più elastica, come quella di abuso di dipendenza economica prevista dalla legge sulla sub-fornitura (120). Probabilmente la soluzione migliore potrebbe

(117) La situazione delineata è particolarmente diffusa in Italia in vari settori produttivi, e tra questi uno dei primi a essere caratterizzato dai processi di integrazione contrattuale è quello del comparto tessile. Le più importanti imprese di produzione della moda, infatti, affidano a imprenditori decentrati l'esecuzione di parti dei capi di abbigliamento, con classiche situazioni di dipendenza economica o di mono-committenza. In queste ipotesi, tra l'altro, vi è la diffusione dei contratti collettivi «pirata», con minimi salariali applicati ai dipendenti dell'appaltatore di gran lunga inferiori a quelli previsti dai normali c.c.n.l. di settore e che consentono alle imprese appaltatrici di avere consistenti risparmi nei costi di produzione, con incremento delle convenienze economiche dei committenti.

(118) P. Ichino (*Appalto*, cit., p. 271, nota 23) propone «di definire come condizione di indipendenza economica quella nella quale "il fornitore operi professionalmente per una pluralità di committenti, in modo tale che i compensi complessivamente pagati da ciascuno di questi non superi, in ciascun semestre, il quarto dei totali dei compensi conseguiti dal fornitore stesso per tale attività; a tal fine si considera in ogni caso come pagato nel semestre il compenso relativo alla prestazione svolta nel semestre stesso"».

(119) Nella quale si fa riferimento ai contratti connessi all'esecuzione di opere e di servizi «costituenti oggetto dell'attività produttiva o commerciale dell'impresa committente» e si afferma che «l'influsso gestionale» sussiste quando il fornitore emetta fatture per corrispettivi nei confronti del committente che superi il 50% del proprio fatturato complessivo.

(120) L'art. 9 della legge n. 192 del 1998 stabilisce che «si considera dipendenza economica la situazione in cui un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi. La dipendenza economica è valutata tenendo conto anche della reale possibilità della parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti». Nel comma 2 della disposizione si specifica che «l'abuso può anche consistere nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare, nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto».

essere nella combinazione tra il riferimento a determinati livelli di fatturato e una clausola generale di «chiusura» che, pur in assenza del volume richiesto di rapporti commerciali, individui la dipendenza quando vi sia «un eccessivo squilibrio di diritti e obblighi», anche in relazione alla «reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti» e utilizzando le esperienze già maturate nell'ambito della disciplina in tema di sub-fornitura (121).

La codatorialità, peraltro, dovrebbe essere affermata anche quando non vi sono situazioni di dipendenza economica e vi siano rapporti tra imprese in condizione «paritaria» o dove l'impresa fornitrice del bene o del servizio abbia una pluralità di committenti. In questo caso, peraltro, dovrebbero sussistere, oltre alla stabilità nel tempo della relazione contrattuale, anche altre due condizioni: a) i lavoratori devono essere addetti in via esclusiva o prevalente alla realizzazione del bene o del servizio a favore dell'utilizzatore; b) l'attività deve essere svolta sempre dai medesimi dipendenti. Anche in questa ipotesi, infatti, i lavoratori costituiscono un segmento organizzativo dell'impresa committente e quindi, per essi, si pongono le stesse identiche esigenze di tutela dei dipendenti diretti dell'appaltante. Inoltre, proprio la esclusiva o prevalente effettuazione delle prestazioni a favore di un'impresa rende i lavoratori dell'appaltatore particolarmente sensibili alle evenienze economiche e organizzative dell'utilizzatore, con una situazione analoga a quella in precedenza descritta (come nel caso, ad esempio, della improvvisa interruzione del rapporto contrattuale tra le imprese, che potrebbe minacciare la stessa conservazione del posto da parte dei lavoratori addetti esclusivamente o prevalentemente a quella attività oggi cessata).

Tuttavia, potrebbe accadere che, in realtà, l'appaltatore, nonostante le condizioni prima descritte, applichi ai propri dipendenti un trattamento economico o normativo migliore rispetto a quello proprio dei lavoratori del committente. Le estensioni delle tutele degli addetti dell'utilizzatore potrebbero dunque penalizzare i dipendenti del fornitore, come nel caso in cui l'impresa appaltatrice sia soggetta al regime della stabilità reale, mentre quella committente applica quella obbli-

(121) In sostanza, mentre l'esistenza di determinati volumi di fatturato nei confronti del committente costituirebbe una presunzione assoluta della dipendenza, la mancanza dell'indice economico non precluderebbe di individuare la situazione di «soggezione produttiva» se vi sono le condizioni previste dall'art. 9, comma 1, della legge n. 192/1998.

gatoria (122). In queste ipotesi il regime di codatorialità andrebbe escluso, quando sia globalmente meno favorevole per i lavoratori, o modulato in modo tale da consentirne un'applicazione «selettiva», relativa soltanto a quegli istituti la cui applicazione si traduce in un vantaggio per il dipendente del fornitore. La logica, infatti, è quella di proteggere i lavoratori inseriti in un contesto di integrazione contrattuale e, se tali esigenze di tutela non sussistono, non vi è ragione per applicare discipline che presuppongono un bisogno di protezione inesistente. La legge, dunque, dovrebbe attribuire al giudice un controllo sul contenuto dei trattamenti economici e normativi del committente e dell'appaltatore, con l'attribuzione di un potere non dissimile a quello svolto in altre ipotesi (123). Sempre il magistrato inoltre dovrebbe provvedere a selezionare il trattamento più favorevole per il lavoratore nei casi prima indicati e quando ve ne sia la necessità.

Dal punto di vista oggettivo, in rapporto alle attività svolte, non vi dovrebbero essere limiti alla codatorialità. Quando vi sono le condizioni di integrazione organizzativa e le esigenze di tutela prima descritte non vi è ragione alcuna per introdurre differenziazioni connesse alla fornitura dell'opera o del servizio. Non è un caso che l'attuale disciplina della somministrazione, con la parità di trattamento economico e normativo tra dipendenti del fornitore e dell'utilizzatore, che costituisce una sicura espressione del principio di condivisione sostanziale del rapporto di lavoro, si applichi a tutte le forme di servizi, anche quelli di basso contenuto qualitativo (custodia, portineria, movimentazione merci). Alcuni tra questi (si pensi alla pulizia dei locali), inoltre, non hanno una connessione diretta con la produzione vera e propria (scom-

(122) Questa situazione si può verificare, ad esempio, nel caso di decentramento di attività a favore di imprese di grandi dimensioni o quando l'impresa fornitrice applichi trattamenti economici e normativi migliorativi rispetto a quelli del committente per la sua posizione di «forza» nel mercato (connessa, ad esempio, alle sue particolari capacità specialistiche).

(123) L'articolo 3 della legge n. 1369/1960 per gli appalti interni e l'attuale art. 23 del d.lgs. n. 276/2003 sono chiari esempi di normative che, ponendo il principio della parità di trattamento tra dipendenti di diversi datori di lavoro, hanno aperto la strada a valutazioni sui contenuti dei trattamenti. Queste disposizioni hanno avuto anche ricadute giurisprudenziali (si veda, ad es., Cass. 16 agosto 2004, n. 15957, che, in relazione all'art. 3, legge n. 1369/1960, specifica i parametri con i quali deve essere effettuata la comparazione per determinare la parità di trattamento tra dipendenti del committente e dell'appaltatore). Il giudizio sul trattamento più o meno favorevole si muoverebbe nell'ambito di questi principi.

ponibile nelle attività principali e accessorie o sussidiarie). La stessa logica della somministrazione dovrebbe dunque essere applicata quando si propone di riaffermare e rafforzare la codatorialità sostanziale quale principio informatore delle esternalizzazioni.

Tuttavia, se si ritenesse che l'estensione delle tutele a tutti gli appalti di servizi non sia opportuna, un criterio selettivo potrebbe essere costituito dall'esclusione di quegli appalti che, pur se effettuati stabilmente, non siano inerenti al ciclo produttivo del committente. L'individuazione della nozione di «ciclo» ha dato vita a interpretazioni contrastanti in dottrina (124) e in giurisprudenza (125). A me sembra che, utilizzando gli spunti interpretativi già espressi da un autore (126), il ciclo produttivo debba essere individuato in base a una pluralità di indici riferiti all'attività produttiva concretamente svolta dall'impresa, al tipo di organizzazione effettivamente utilizzata, alle tecnologie impiegate e in correlazione alle attività principali o accessorie realizzate. Occorre, in sostanza, definire il ciclo non in base a un giudizio astratto *a priori* ma in relazione a una valutazione concreta dalla struttura organizzativa di ciascuna impresa e sulla base dell'insieme degli elementi sopra descritti, che consentirà, nella stragrande maggioranza dei casi, di verificare le sue caratteristiche (127). Comunque, se il riferimento al ciclo dovesse essere ritenuto

(124) Per un'analisi approfondita del problema si veda M. T. Carinci, *La fornitura di lavoro altrui*, cit., pp. 495 ss. (a cui si rinvia per l'indicazione dei diversi orientamenti dottrinari e giurisprudenziali); L. Corazza, «Contractual integration», cit., pp. 158 ss.

(125) Si veda, ad esempio, Cass. 3 maggio 2004, n. 8350, secondo la quale il ciclo va determinato in base «alle esigenze funzionali della produzione del bene o del servizio, secondo le esigenze normative, statutarie, tecnologiche e di mercato al tempo dell'appalto». Vi sono sentenze che affermano che appartengono al ciclo quei servizi principali o ausiliari connessi a un settore dell'organizzazione tecnica del committente (Cass. 5 aprile 2000, n. 4237; Cass., Ss.Uu., 20 gennaio 1996, n. 446), con la precisazione che «si ha inserimento nel ciclo produttivo soltanto quando la produzione del bene o del servizio da parte dell'imprenditore appaltante non è possibile neppure parzialmente senza l'apporto produttivo dell'appaltatore. L'inserimento non è configurabile, invece, quando l'azienda dell'appaltante sia autosufficiente e al terzo venga data in appalto una parte della produzione al fine di aumentarla» (Cass. 5 aprile 2000, n. 4237; Cass. 17 dicembre 1998, n. 12641). Per una panoramica delle diverse interpretazioni giurisprudenziali si rinvia a M. T. Carinci, *La fornitura di lavoro altrui*, cit., pp. 495 ss.

(126) F. Scarpelli, *Interposizione e appalti di servizi informatici*, cit., pp. 95 ss.

(127) La valutazione potrà essere difficile in alcune situazioni particolari, ma non nella generalità dei casi, perché, contrariamente a quanto ritengono i giuristi, il ciclo produttivo è una realtà ben nota ai sociologi dell'organizzazione e agli aziendalisti, ol-

to eccessivamente indeterminato per le difficoltà di specificare le sue caratteristiche, anche in questo caso la individuazione degli appalti esclusi potrebbe essere rimessa a un decreto ministeriale e alla contrattazione collettiva, secondo la tecnica già descritta in precedenza e dove i contratti collettivi svolgerebbero la medesima funzione integrativa.

Una tutela dei lavoratori del fornitore basata sulla integrazione contrattuale tra imprese può presentare notevoli elementi di debolezza. In primo luogo la codatorialità può essere facilmente eliminata attraverso l'interruzione del rapporto commerciale. Inoltre, nei sistemi caratterizzati dall'impresa rete o dalla presenza di vere e proprie «filieri produttive» in cui l'attività si diluisce all'interno di una pluralità di soggetti, alcuni dei quali addirittura non presenti nel territorio nazionale, la possibilità di un effettivo controllo dei processi di esternalizzazione tramite la condivisione del rapporto di lavoro potrebbe rivelarsi del tutto illusoria.

Si tratta certamente di obiezioni ragionevoli che, peraltro, non escludono l'opportunità di introdurre la riforma proposta. Per quanto attiene alla possibile interruzione dei rapporti contrattuali tra le imprese, a parte i vincoli previsti dalla attuale legislazione alla libertà di recesso o alla durata del contratto (128) e alla eventuale possibilità di introdurre ulteriori di carattere economico (129), va detto che il rap-

tre che agli specialisti delle tecnologie della produzione. Non vi è dubbio che i criteri utilizzati in alcune sentenze della Cassazione sono solo in parte condivisibili. Non si vede, ad esempio, perché non dovrebbe essere considerato parte integrante del ciclo quell'appalto con il quale viene chiesto a un soggetto esterno di aumentare la produzione (visto che questa è la tipica integrazione ordinaria dell'attività produttiva). O per quale motivo è necessario che l'apporto dell'appaltatore sia indispensabile al punto tale che il committente non possa «neppure parzialmente» produrre il bene e servizio: come si spiegherebbe allora la sub-fornitura, dove committente e impresa appaltatrice si suddividono le fasi della produzione?

(128) L'art. 6, comma 2, della legge n. 192/1998 sulla sub-fornitura prevede che nei contratti a esecuzione continuata o periodica la facoltà di recesso deve essere subordinata a un «congruo preavviso». L'art. 3, comma 3, della legge 6 maggio 2004, n. 129, sul *franchising* stabilisce che, se il contratto è a tempo determinato, all'affiliato dovrà essere garantita una durata minima non inferiore a tre anni (salva la risoluzione anticipata per inadempimento).

(129) Nulla vieta di prevedere che, nei contratti di appalto che realizzino forme di integrazione contrattuale, sia possibile introdurre una disciplina speciale che vincoli il recesso all'esistenza di una preavviso o di una giusta causa, con la previsione di sanzioni di carattere economico (oggi non previste dall'art. 1677 sull'appalto di servizi e dall'art. 1569 cod. civ. sulla somministrazione di cose che si applica anche nel primo caso: D. Rubino, D. Iudica, *Dell'appalto*, cit., p. 500).

porto di integrazione contrattuale stabile non rende sempre agevole porre fine al contratto. Gli investimenti idiosincratici compiuti dal committente e i costi connessi alla loro perdita e al reperimento di un altro fornitore di uguale efficienza costituiscono un freno al recesso con finalità meramente elusive e finalizzato a *bypassare* i limiti connessi alla codatorialità.

La filiera produttiva e la presenza di appalti «a catena» pone certamente un ulteriore problema reale. Non vi è dubbio che la tutela connessa alla integrazione contrattuale è più efficace nel rapporto diretto tra due soggetti e meno incisiva quando l'organizzazione d'impresa è frantumata in una pluralità di imprenditori autonomi. Tuttavia il meccanismo può sempre operare nella misura in cui ciascun «anello» della catena si ponga in una posizione di integrazione con una altra entità economica e, in tale ambito bilaterale, la codatorialità è sempre in grado di svolgere la sua funzione di tutela. D'altra parte, nell'ambito di rapporti commerciali che realizzano una serie di relazioni integrate «a cascata», si potrebbe ipotizzare una estensione della codatorialità che coinvolga più soggetti (130). Il discorso si complica, ovviamente, nel caso di decentramento e integrazione contrattuale con un'altra impresa collocata in un diverso paese dell'Unione europea o fuori dei suoi confini. In questo caso, la possibilità di estendere al fornitore la parità di trattamento economico e normativo o altre discipline legali si scontra con limiti giuridici, connessi, ad esempio, all'obbligo di applicare le normative in vigore nel paese dell'appaltatore (131), e con le convenienze economiche che questo comporta (132). Senza contare le difficoltà concrete di tutela in presenza di decentramenti a favore di paesi in via di sviluppo e privi di discipline legali e contrattuali a protezione

(130) V., *infra*, par. 9.

(131) In coerenza con le disposizioni in materia di obbligazioni contrattuali (incluso il contratto di lavoro) previste dalla Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 (espressamente fatta salva dalla «Direttiva Bolkenstein»).

(132) In tempi recenti una multinazionale specializzata nella produzione delle automobili ha comunicato che alcune attività amministrative («tesoreria e contabilità fornitori») di «tutte le società operanti in Europa» «verranno gestite in *outsourcing*» da una società con uffici in Budapest. I clienti, in relazione a problemi connessi alle fatture, vengono invitati a contattare telefonicamente oppure *on line* due dipendenti della società. Si tratta di un classico caso di esternalizzazione giustificata da ragioni organizzative (l'accantonamento di determinate funzioni in un'unica impresa) e da risparmio dei costi, perché retribuzioni e oneri sociali in Ungheria sono enormemente inferiori a quelli italiani o di altri paesi occidentali.

dei lavoratori. Si tratta, in effetti, di problemi difficilmente superabili in mancanza di riforme complessive di ben altro rilievo. Ciò non esclude, peraltro, che, quanto meno in ambito nazionale, la codatorialità possa produrre i propri effetti.

8. — *La parità di trattamento economico e normativo e la responsabilità solidale tra committente e appaltatore* — L'applicazione della stessa disciplina normativa e delle medesime retribuzioni è la prima fondamentale tutela nei processi di segmentazione produttiva. Se si legge la Relazione di accompagnamento alla legge n. 1369 del 1960 (che raccoglieva anche i risultati della Commissione di inchiesta parlamentare) ci si rende conto che, pur in un contesto economico completamente diverso da quello attuale, vi era consapevolezza della opportunità e della utilità, a fini produttivi, di esternalizzare alcune attività d'impresa (133) e della necessità di evitare che il decentramento fosse finalizzato soltanto al risparmio del costo del lavoro (134). Tale esigenza è tuttora attuale e richiede che in tutti gli appalti di opere e servizi che abbiano le caratteristiche prima descritte sia garantita la parità di trattamento (135). Si è affermato che l'imposizione di questo obbligo potrebbe deprimere le differenze che costituiscono la ricchezza, sul piano economico organizzativo, delle strategie del decentramento e per tale motivo si è proposto di applicare ai dipendenti dell'appaltatore la disciplina collettiva prevista per quest'ultimo e non quella del

(133) Nella Relazione della Commissione parlamentare di inchiesta su *Le condizioni dei lavoratori in Italia. IV. Il lavoro in appalto*, in *Rass. lav.*, 1958, I, pp. 217 ss., i cui risultati sono alla base della emanazione della legge n. 1369/1960, si afferma che alcuni appalti «possono adempiere, in date circostanze, a una utile funzione, non essendo possibile sempre e in ogni caso che debba necessariamente ogni impresa provvedere, direttamente e con personale da essa dipendente, a tutte indistintamente le operazioni e a tutte le fasi del ciclo produttivo indispensabili a raggiungere il risultato della propria attività economica e a tutte le opere e servizi che anche occasionalmente, o saltuariamente, sono richiesti dalla organizzazione aziendale» (p. 218).

(134) Nella Relazione alla Camera di accompagnamento alla legge n. 1369/1990 (in *Le leggi*, 1960, II, p. 1108 ss.) si afferma chiaramente che la interposizione di mano d'opera è finalizzata a risparmi del committente realizzati con il pagamento ai dipendenti dell'appaltatore di somme inferiori ai minimi previsti dalla contrattazione collettiva.

(135) Ovviamente l'estensione della parità di trattamento, per le ragioni spiegate in precedenza, va esclusa in quelle ipotesi, già esaminate, in cui l'integrazione contrattuale avviene con imprese appaltatrici che applicano ai propri dipendenti trattamenti economici e normativi di miglior favore rispetto a quelli del committente (v., *retro*, par. 7).

committente (136). In realtà il «valore aggiunto» apportato dall'appaltatore è connesso al suo *know-how*, che, come si è visto, insieme ad altri elementi giustifica la convenienza economica del contratto commerciale anche in presenza di costi operativi notevoli (come quelli provocati dalla parità). D'altra parte, consentire l'applicazione della disciplina collettiva dell'appaltatore in tutti i casi in cui essa è meno onerosa per il committente significa incentivare un modello di competitività basato sui minori costi e non sulla qualità del servizio, con una scelta che non deve essere assecondata dall'ordinamento giuridico non solo per ragioni di tutela dei lavoratori, ma anche perché non incrementa la efficienza del mercato.

La disciplina della parità di trattamento economico e normativo dovrebbe utilizzare le esperienze già realizzate in tema di lavoro temporaneo, somministrazione di mano d'opera e di appalti interni ai sensi dell'art. 3 della legge n. 1369/1960. Senza pretendere di effettuare un'analisi di dettaglio di tutti i problemi coinvolti, ci si limiterà a suggerire delle linee guida della possibile regolamentazione, soffermandosi su alcuni dei problemi che l'esperienza concreta degli istituti già attuati ha messo in luce. Proprio con riferimento alle leggi oggi abrogate (e in particolare in relazione all'art. 3 della legge n. 1369/1960) si è lamentata la scarsa applicazione della parità da parte della giurisprudenza (137) e la mancanza, comunque, di effettività della tutela (spesso violata). Va detto che tale situazione è probabilmente connessa alla debolezza contrattuale dei lavoratori dell'appaltatore, che, se avessero rivendicato i propri diritti, si sarebbero trovati esposti a conseguenze negative (soprattutto se operanti in realtà imprenditoriali molto piccole). La estensione ai dipendenti del fornitore di alcune discipline giuridiche proprie di quelli dell'appaltante e la imputazione a quest'ultimo degli effetti scaturenti dalla loro violazione potrebbe ridurre la situazione di debolezza e incentivare una maggiore applicazione del principio di parità, perché i lavoratori avrebbero un interesse specifico a ricorrere al giudice per far valere i propri diritti.

La parità potrebbe essere garantita con la formula, già prevista per la somministrazione dall'art. 23 del d.lgs. n. 276/2003, del trattamento economico e normativo complessivamente non inferiore a quello dei di-

(136) R. De Luca Tamajo, *I processi di terziarizzazione*, cit., p. 72.

(137) L. Guaglione, *La disciplina degli appalti «introaziendali» e il contenuto dell'obbligazione solidale*, in *Nuove tecnologie e rapporti tra imprese*, cit., pp. 128 ss.; L. Corazza, «Contractual integration», cit., p. 157.

pendenti del committente, che, rispetto alla precedente disciplina dell'art. 3 legge n. 1369/1960 o dell'art. 4 della legge n. 196/1997, consente una maggiore flessibilità nella determinazione concreta dei contenuti del rapporto di lavoro (permettendo, ad esempio, di diminuire una voce retributiva, incrementandone un'altra). Tuttavia, per evitare eccessivi margini di indeterminatezza connessi alla difficoltà di specificare cosa sia più o meno favorevole, sarebbe opportuno limitare la comparazione all'interno delle erogazioni economiche e dei trattamenti normativi e senza possibilità di estendere la valutazione ai vantaggi e svantaggi ricavabili anche dal paragone tra disciplina normativa e quella retributiva (138). La parità dovrebbe ovviamente essere estesa anche agli aspetti non direttamente economici (139) e dovrebbe essere riferita a tutti i diritti che trovano fonte nei contratti collettivi (nazionali o aziendali), nei regolamenti unilaterali e nelle prassi interne, con la sola esclusione dei trattamenti *ad personam* (140).

Tuttavia, si è sottolineato che in molti casi la parificazione dei trattamenti è ostacolata dal fatto che occorre porre a confronto mansioni «comparabili» (e cioè simili) svolte presso l'appaltatore e il committente e che tale raffronto è molto spesso impossibile, perché le attività affidate in *outsourcing* «appartengono a settori merceologici diversi e riguardano mansioni totalmente disomogenee rispetto a quelle svolte dai dipendenti dell'appaltante» (141). Va detto, peraltro, che il problema indicato non si pone nel caso in cui l'esternalizzazione riguardi un segmento dell'attività produttiva che viene affidato a impresa con le me-

(138) Senza dubbio è più facile mettere a confronto categorie omogenee (soltanto i trattamenti economici o solo quelli normativi), piuttosto che effettuare la comparazione su tutto il complesso dei diritti. Infatti è più difficile capire se una maggiore retribuzione è di per sé compensativa di un minor periodo feriale o di comparto, piuttosto che paragonare compenso per lavoro straordinario e indennità economiche di altro genere.

(139) Ad esempio, in relazione a vari istituti come l'orario di lavoro, i riposi giornalieri, settimanali, annuali, la trasferta, il comparto, il preavviso di licenziamento e così via, in modo analogo a quanto oggi previsto per la somministrazione (v. P. Ichino, *Appalto*, cit., p. 300; P. Chieco, *Le nuove esternalizzazioni*, cit., pp. 38 ss.).

(140) I trattamenti migliorativi individuali non devono essere inclusi nell'applicazione del principio di parità perché non riguardano l'equiparazione astratta tra erogazioni economiche dei dipendenti del committente e dell'appaltatore al fine di evitare esternalizzazioni più competitive per i minori costi, ma attengono a profili di discrezionalità del datore di lavoro connessi alla singola prestazione.

(141) L. Corazza, «*Contractual integration*», cit., p. 162; M. T. Carinci, *La fornitura di lavoro altrui*, cit., p. 527.

desime caratteristiche produttive e che applichi lo stesso contratto collettivo: qui, infatti, le mansioni sono le stesse sia in relazione al tipo di attività svolta che alla disciplina giuridica contrattuale applicabile. Nel caso in cui, in effetti, la comparazione in concreto non sia possibile, perché presso il committente mancano prestazioni lavorative assimilabili a quelle svolte dai dipendenti dell'appaltatore, il raffronto dovrà essere effettuato tra le attività lavorative compiute e gli inquadramenti in astratto previsti dal contratto collettivo applicato (o applicabile) dall'impresa appaltante (142).

Alla contrattazione collettiva del committente dovrebbe essere devoluto il compito di determinare modalità e criteri per la corresponsione della retribuzione variabile e, sempre in analogia con quanto oggi previsto per la somministrazione, dovrebbe essere garantito il godimento dei servizi sociali e assistenziali di cui godono i dipendenti dell'impresa appaltante. Inoltre occorrerebbe assicurare ai lavoratori dell'appaltatore l'esercizio dei diritti sindacali riconosciuti ai dipendenti del committente, utilizzando le esperienze già maturate nel lavoro temporaneo e nella somministrazione (143). Il riconoscimento dei diritti sindacali dovrebbe operare non solo nel caso di appalti eseguiti all'interno della struttura produttiva del committente, ma anche di quelli a distanza. Le maggiori difficoltà di applicazione della normativa, certamente esistenti in considerazione della disciplina giuridica vigente pensata per la fabbrica che concentra in sé tutte le attività produttive, non dovrebbe escludere un intervento riformatore che adegui la libertà e l'attività sindacale alle nuove esigenze di frantumazione dell'impresa. Si tratta, in sostanza, di favorire nuove forme di espressione e di aggregazione dell'interesse collettivo anche in assenza della contiguità spaziale che è il presupposto su cui si fonda lo Statuto dei lavoratori.

Sarebbe necessario, inoltre, rivedere la disciplina in tema di sicurezza e tutela della salute attualmente esistente, con l'applicazione di una normativa più vincolante nel caso di appalti che si svolgono all'interno della struttura produttiva del committente (e cioè in stretta contiguità

(142) Ad analoghe conclusioni in relazione alla somministrazione giungono P. Ichino, *Appalto*, pp. 299-300, e P. Chieco, *Le nuove esternalizzazioni*, cit., p. 39.

(143) Per i vari problemi connessi all'art. 7 della legge n. 196/1997 (oggi abrogata) e all'art. 23 della legge n. 276/2003 v. P. Chieco, *Le nuove esternalizzazioni*, cit., pp. 35 ss.; M. P. Monaco, *I diritti sindacali dei lavoratori somministrati*, in M. T. Carinci, C. Cester, *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, cit., pp. 116 ss.

spaziale con l'impresa utilizzatrice), con regole che potrebbero essere modulate su quelle attualmente esistenti per la somministrazione (art. 23, comma 5, d.lgs. n. 276/2003).

La parità di trattamento economico e normativo presuppone necessariamente anche la responsabilità solidale del committente e dell'appaltatore. Ovviamente tale responsabilità non andrebbe disciplinata nella versione ridotta dell'attuale art. 29, comma 2, del d.lgs. n. 276/2003 (decadenza annuale, possibilità di deroga da parte della contrattazione collettiva), ma dovrebbe essere ristabilita in modo pieno. La solidarietà, infatti, costituisce una sorta di norma di chiusura, che rende la parificazione delle condizioni normative e contrattuali effettiva, perché consente al lavoratore di far valere nei confronti del committente la violazione, da parte dell'appaltatore, del principio di parità (144). Proprio perché svolge questo ruolo essenziale, la coobbligazione solidale dovrebbe essere regolata con una formulazione priva di condizionamenti, e superando anche la previsione, contenuta nell'art. 1676 cod. civ., della responsabilità che non può superare il debito del committente nei confronti dell'appaltatore. Questo limite, infatti, comprensibile negli appalti in genere, è difficilmente giustificabile nell'ambito di relazioni contrattuali integrate di carattere stabile e nelle quali i dipendenti dell'appaltatore sono «terminali organizzativi» del committente (145).

La parità di trattamento e la responsabilità solidale dovrebbero essere attribuiti soltanto ai dipendenti dell'appaltatore occupati nella specifica attività oggetto dell'appalto (146). In considerazione della stabilità

(144) La solidarietà, quindi, stimola l'appaltatore ad applicarla – perché il committente potrebbe poi rivalersi per quanto è stato costretto a pagare – ed esercita sul committente un effetto dissuasivo nel chiedere all'impresa appaltatrice l'applicazione di condizioni economiche e normative peggiorative per lucrare sui costi.

(145) Se, infatti, per gli appalti non integrati può essere ragionevole non aggravare il committente di debiti che superino il corrispettivo dovuto all'appaltatore (perché quest'ultimo rappresenta l'impegno massimo finanziario dell'impresa appaltante), nel caso di relazioni contrattuali stabili la situazione è diversa. Qui il committente è un «codatore sostanziale» dei lavoratori e deve farsi carico, oltre che dei benefici, di tutti gli oneri che nascono da questa situazione (compresa, quindi, una responsabilità solidale «piena»).

(146) Nell'ambito della disciplina di cui all'art. 3 della legge n. 1369/1960 si è detto che «l'obbligo degli imprenditori che appaltano opere e servizi di corrispondere ai dipendenti dell'appaltatore, in solido con quest'ultimo, un trattamento non inferiore a quello spettante ai propri dipendenti opera solo nei confronti dei dipendenti dell'appaltatore occupati nella specifica attività oggetto dell'appalto e non riguarda, quindi, i dipendenti dello stesso appaltatore che siano addetti a un'attività diversa» (Cass. 24 aprile 1985, n. 2708).

e perduranza nel tempo del rapporto contrattuale non vi dovrebbero essere problemi nell'individuare i lavoratori addetti, anche perché le esigenze organizzative e di specializzazione produttiva spingeranno l'appaltatore a utilizzare il più possibile i medesimi lavoratori, che, proprio per la loro maggiore esperienza e conoscenza del lavoro da svolgere, sono in grado di operare con livelli di produttività superiore a quelli di eventuali sostituti (147).

9. — Segue: *La codatorialità sostanziale tra impresa appaltante e fornitore del bene o del servizio* — Oltre la parità di trattamento, la riforma dovrebbe introdurre la condivisione di alcune discipline del rapporto di lavoro subordinato, senza mutare, come si è detto, la struttura del rapporto in capo all'appaltatore, che rimane il titolare dei diritti e obblighi dei propri dipendenti.

La codatorialità, ovviamente, non va confusa con il regime giuridico da applicare nel caso di appalti illeciti, perché non corrispondenti alle previsioni previste dalla legge. Si pensi, in relazione alle proposte in precedenza descritte, ai casi di assenza dei requisiti economici di genuinità imprenditoriale, al mancato esercizio del potere organizzativo o direttivo da parte del fornitore, alla esecuzione dell'appalto in violazione dei limiti previsti dal decreto ministeriale o dalla contrattazione collettiva e così via (148). In queste ipotesi dovrebbe essere applicata la sanzione, già oggi prevista, della costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze del committente, con un'azione esercitabile non solo dal lavoratore ma anche da terzi (149).

La condivisione delle discipline giuridiche dovrebbe riguardare gli appalti di opere e di servizi non fittizi, caratterizzati dalla stabilità nel tempo e dalle altre caratteristiche già descritte. L'integrazione contrat-

(147) P. Ichino e L. Corazza (*Commento all'art. 6 d.lgs. 251/2004*, in *Il nuovo mercato del lavoro – Inserto sulla correzione della cd. riforma Biagi*, coordinato da M. Pedrazzoli, Zanichelli, Bologna, 2005, p. 16) affermano che la individuazione dei lavoratori dell'appaltatore a cui applicare la parità è agevole negli appalti di servizi ma molto più difficile in quello di opere privo di estensione temporale e che si realizza *u-no actu*. Al contrario, per le ragioni indicate nel testo questa difficoltà non sussiste per gli appalti stabili e integrati.

(148) V., *retro*, par. 5.

(149) Si rinvia, *retro*, alla nota 80. In caso di conversione, tra l'altro, sarebbe opportuno applicare lo stesso disciplina prevista, per la somministrazione, dall'art. 27, comma 2, del d.lgs. n. 276/2003 in relazione ai pagamenti effettuati a titolo retributivo e previdenziale.

tuale tra le imprese può influenzare in modo determinante le vicende dei rapporti di lavoro dell'appaltatore (150). L'applicazione congiunta di alcune discipline dovrebbe essere riconosciuta in tutti i casi in cui i contratti di lavoro dei dipendenti del fornitore sono condizionati da scelte imprenditoriali e/o da eventi riconducibili a esigenze dell'organizzazione produttiva del committente o di entrambe le imprese integrate. Uno spunto in tal senso è stato già espresso da chi ha rilevato come, in questi casi, il trasferimento dei lavoratori, l'assegnazione delle mansioni e l'esercizio del potere disciplinare «potranno risentire del nesso di collegamento che unisce il contratto di lavoro al contratto commerciale» (151).

La legge dovrebbe prendere atto proprio di tale collegamento e dell'integrazione organizzativa per attribuirgli un rilievo giuridico oggi inesistente (o assai limitato), in modo da disciplinarne le conseguenze sui rapporti di lavoro dell'appaltatore (152). Occorrerebbe, in primo luogo, computare congiuntamente i dipendenti del committente e dell'impresa appaltatrice (o dei vari fornitori di opere e servizi) ai fini dell'applicazione di discipline normative legate a specifici requisiti dimensionali. La valutazione accorpata dei rapporti di lavoro dovrebbe poi essere presa in considerazione sia per i presupposti applicativi di determinate normative (in rapporto, ad esempio, alla disciplina dei licenziamenti individuali e collettivi, alla cassa integrazione guadagni, all'esercizio dei diritti sindacali), sia per quanto attiene la condivisione degli obblighi procedurali e di quelli sostanziali. In caso di licenziamenti collettivi, ad esempio, la procedura dovrebbe essere estesa al committente

(150) V., *retro*, parr. 2 e 7.

(151) L. Corazza, «*Contractual integration*», cit., p. 178 (ma si vedano anche pp. 251-252).

(152) Si tratterebbe di dare valore giuridico a nessi organizzativi che oggi operano soltanto sul piano dei rapporti contrattuali tra appaltante e appaltatore e che neanche il collegamento negoziale tra accordo commerciale e rapporti di lavoro è in grado di «far emergere» in modo tale da tutelare effettivamente i lavoratori. I contratti collegati, infatti (sui quali si rinvia, per tutti, a R. Scognamiglio, *Collegamento negoziale*, in *ED*, vol. VII, Giuffrè, Milano, 1960, pp. 375 ss.; G. Schizzerotto, *Il collegamento negoziale*, Jovene, Napoli, 1983), creano un rapporto di interdipendenza in base al quale le vicende dell'uno si ripercuotono sull'altro «condizionandone la validità e l'efficacia...» (Cass. 16 maggio 2003, n. 7640). Tuttavia, a parte l'effetto indicato, la connessione organizzativa tra le due imprese può produrre soltanto conseguenze indirette sui contratti di lavoro (ad esempio la cessazione del rapporto commerciale può ripercuotersi su quelli di lavoro) ma non viene a essere considerata dalla legge *direttamente* quale fattore che condiziona la dinamica e il contenuto dei rapporti di lavoro dell'appaltatore.

e all'appaltatore interessato, mentre la costituzione delle rappresentanze sindacali e l'esercizio dei diritti a esse connessi dovrebbero essere riferiti a tutte le imprese in rapporto di integrazione contrattuale (153). Il trattamento di integrazione salariale dovrebbe essere esteso anche ai lavoratori dell'appaltatore che, considerati isolatamente e al di fuori del contesto di integrazione contrattuale, non ne avrebbero diritto.

Gli atti dell'appaltatore di carattere organizzativo e che influenzano i rapporti di lavoro (il mutamento di mansioni, il licenziamento per ragioni economiche, i trasferimenti individuali e collettivi) dovrebbero essere valutati in relazione alle esigenze economiche e organizzative del committente o di entrambe le parti del contratto commerciale (o di più parti se è coinvolta una pluralità di contratti tra un'impresa appaltante e diversi fornitori di opere o servizi). In caso di contestazione della legittimità dei provvedimenti assunti dal datore di lavoro, l'impresa appaltante e quella appaltatrice dovrebbero poter essere chiamati dinanzi al giudice per rispondere del proprio operato, in un procedimento che li veda entrambe necessariamente partecipi (154). Se gli atti del datore di lavoro fossero considerati illegittimi ma ascrivibili esclusivamente a necessità organizzative dell'impresa appaltatrice o a sue scelte autonome che prescindono dal rapporto di integrazione contrattuale, il fornitore del bene o del servizio sarebbe l'unico chiamato a risponderne dal punto di vista giuridico. Se, al contrario, la illegittimità fosse riconducibile a esigenze organizzative del committente o di entrambe le parti del contratto commerciale o a decisioni dell'appaltatore condizionate dal rapporto di integrazione contrattuale, gli effetti dovrebbero ricadere su tutti e due i soggetti.

Nelle situazioni descritte occorrerebbe distinguere tra gli effetti derivanti dall'illegittimità dei provvedimenti del datore di lavoro che si riflettono sulla dinamica concreta del rapporto contrattuale e quelli di carattere puramente economico.

Per quanto riguarda i primi, essi andrebbero imputati esclusivamente in capo all'appaltatore, anche se nell'ambito di una dimensione ac-

(153) Sarebbe necessario, in questo caso, riformare la disciplina in materia non solo in relazione agli ambiti dimensionali di applicazione, ma anche in rapporto ai diritti sindacali, specificando quali sono esercitabili soltanto nei confronti dell'appaltatore o di entrambe i soggetti del contratto commerciale e utilizzando anche le esperienze già maturate con il lavoro temporaneo e la somministrazione.

(154) Sarebbe una ipotesi di litisconsorzio necessario di cui all'art. 102 cod. proc. civ.

corpata dei rapporti di lavoro. Ad esempio, il riconoscimento delle mansioni superiori, l'accertamento di una dequalificazione o la rimozione di un trasferimento illegittimo sarebbero sempre riconducibili all'impresa appaltatrice, che sarebbe chiamata a rimuovere la situazione antigiusdittoria con riflessi che opererebbero soltanto nella propria dimensione organizzativa e, indirettamente, su quella del committente per effetto dei vincoli derivanti dal contratto commerciale. Tuttavia, per tutte le discipline la cui attuazione è condizionata a limiti dimensionali, il regime degli effetti giuridici dei provvedimenti illegittimi andrebbe determinato sempre tenendo conto dell'integrazione organizzativa tra le parti del rapporto commerciale. Ad esempio, si pensi all'ipotesi di un licenziamento invalido intimato da un appaltatore che, singolarmente considerato, non sia obbligato all'applicazione della stabilità reale del rapporto di lavoro. L'impresa appaltatrice, peraltro, a seguito del computo dei propri dipendenti con quelli del committente, potrebbe superare i limiti dimensionali previsti dalla legge e dovrebbe quindi essere soggetta alla disciplina dell'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori. In questo caso dunque il lavoratore avrebbe diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro presso l'impresa di cui era dipendente (155).

Dal punto di vista economico, la responsabilità congiunta del committente e dell'appaltatore dovrebbe essere piena per quanto attiene ai profili retributivi. Nel caso di licenziamento illegittimo, ad esempio, l'utilizzatore risponderebbe dei crediti nascenti dall'applicazione dell'articolo 18 o di quelli derivanti dalla violazione delle norme in tema di cassa integrazione guadagni o di mansioni superiori. La responsabilità, inoltre, si estenderebbe anche alle somme dovute a titolo risarcitorio, in relazione, ad esempio, al danno da dequalificazione, da trasferimento illegittimo, alla salute derivante dalla violazione degli obblighi di protezione e così via.

Va detto che, sempre sul piano degli effetti di alcuni provvedimenti illegittimi dell'appaltatore, si potrebbe ipotizzare anche una soluzione più radicale. A parte, infatti, la piena responsabilità solidale per tutti i crediti retributivi e risarcitori prima descritta, si potrebbe rafforzare la

(155) Situazioni analoghe si verificherebbero in tutte le ipotesi di provvedimenti del giudice potenzialmente idonei a incidere sulla sfera organizzativa del datore di lavoro (si pensi, ad esempio, a una esecuzione in forma specifica di una sentenza di condanna a reintegrare il lavoratore in determinate mansioni o nella precedente sede lavorativa). Tali provvedimenti dovrebbero operare soltanto nei confronti dell'organizzazione dell'appaltatore.

tutela dei lavoratori con la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze del committente nel caso di licenziamento per ragioni economiche invalido o inefficace comminato dall'appaltatore. Una simile disciplina, che opererebbe ovviamente soltanto nei casi in cui il provvedimento del datore di lavoro è riconducibile alle esigenze organizzative del committente o di entrambe le parti del rapporto contrattuale, comporterebbe la totale equiparazione tra i dipendenti dell'impresa appaltante e quelli coordinati e diretti dal fornitore dell'opera o del servizio. Questa situazione, tra l'altro, rispecchierebbe anche una realtà costituita da un'organizzazione integrata, nella quale i dipendenti dell'appaltatore soddisfano in via esclusiva o prevalente le esigenze economiche e organizzative del committente e, sotto questo profilo, sono in tutto e per tutto assimilabili ai suoi lavoratori. Una simile disciplina, inoltre, scoraggerebbe in modo efficace qualsiasi utilizzazione delle esternalizzazioni con finalità elusive.

La tutela rafforzata descritta, peraltro, finirebbe per sottrarre all'appaltatore qualsiasi responsabilità per un evento (il licenziamento) che, pur se fortemente condizionato dal contesto di integrazione contrattuale in cui egli opera, è sempre riconducibile a sue scelte organizzative assunte nell'ambito della sua autonomia gestionale. Essa, pertanto, non rispecchierebbe la reale dinamica dei rapporti tra i soggetti del contratto commerciale e costituirebbe una sorta di «deresponsabilizzazione» completa del fornitore del bene o del servizio. Il tutto in un contesto nel quale il committente, anche se in grado di influenzare notevolmente l'appaltatore, potrebbe non avere la concreta possibilità di controllare in modo compiuto i comportamenti del fornitore e ne verrebbe, tuttavia, a pagare in modo esclusivo le conseguenze. Mi sembra, dunque, che questa scelta sarebbe eccessivamente penalizzante per il committente e soprattutto tale da negare qualsiasi distinzione tra impresa appaltante e fornitore in relazione a determinate scelte organizzative.

La parità di trattamento economico e normativo e l'estensione di alcune discipline del rapporto di lavoro potrebbero essere applicate anche nell'ipotesi di pluralità di contratti commerciali, che realizzino forme di integrazione «a cascata», con un committente che esternalizza alcune attività o servizi a un altro imprenditore il quale, a sua volta, provveda ad affidare una parte di esse a un terzo e così via. In questo caso la sussistenza della parità, la valutazione accorpata dei rapporti di lavoro con l'applicazione delle relative discipline e la responsabilità solidale dovrebbero, nei limiti prima indicati, essere estesi a tutti i sog-

getti della «catena contrattuale», con gli effetti già analizzati e in relazione alle singole posizioni da essi occupate nel rapporto di integrazione negoziale. È ovvio che, in questi casi, la codatorialità potrebbe comportare maggiori problemi applicativi. Oltre alle difficoltà nascenti dall'eventuale coinvolgimento di appaltatori in altri paesi (156), potrebbe essere più difficile imputare gli eventi e comportamenti organizzativi che sono all'origine di determinati atti che incidono sui rapporti di lavoro (ad esempio, licenziamento, trasferimento e così via). Tuttavia questa situazione, a parte il coinvolgimento di altre nazioni (che richiederebbe riforme specifiche a livello europeo), non sembra porre questioni insuperabili almeno in ambito nazionale. Si tratterebbe, infatti, di analizzare tutti i soggetti in rapporto di integrazione contrattuale per verificare se, e in che limiti, il provvedimento che incide sul rapporto di lavoro sia imputabile esclusivamente al committente diretto o ad altri soggetti della «filiera produttiva», con attribuzione delle rispettive responsabilità (157). Inoltre, nei casi in cui i rapporti di integrazione contrattuale coinvolgessero un numero eccessivamente elevato di imprese o rendessero difficile individuare a chi siano ascrivibili, dal punto di vista organizzativo, i provvedimenti che incidono sui rapporti di lavoro, la valutazione delle connessioni organizzative e delle responsabilità potrebbe essere effettuata in rapporto a un numero più ridotto di imprese e in relazione ai rapporti bilaterali tra un committente e un appaltatore o prendendo in considerazione soltanto quelli tra essi per i quali l'incidenza causale diretta è più evidente. Lo stesso criterio dovrebbe essere seguito per individuare tutti i soggetti della «filiera» a cui applicare determinate discipline (licenziamenti individuali e collettivi, cassa integrazione, diritti sindacali, parità di trattamento, responsabilità solidale e così via).

La codatorialità sostanziale descritta andrebbe ovviamente esclusa nei casi in cui non vi sono le esigenze di protezione dei lavoratori dell'appaltatore o nelle eventuali eccezioni che venissero definite dall'ordinamento (158).

(156) V., *retro*, par. 7.

(157) Si consideri che l'art. 4 della legge n. 192/1998 già prevede una disciplina della «sub-fornitura a cascata», a dimostrazione di come questa situazione sia tutt'altro che estranea al nostro ordinamento.

(158) Nel caso, dunque, di eventuali appalti selezionati con decreto ministeriale (e tenendo conto delle indicazioni della contrattazione collettiva) o in base alla non inerenza al ciclo produttivo e quando, comunque, come già si è detto (v., *retro*, par. 7),

10. — *Conclusioni* — Sono possibili, a questo punto alcune considerazioni conclusive.

Va sottolineato, in primo luogo, che le ragioni economiche che sono alla base delle esternalizzazioni vanno rinvenute non tanto nel raffronto tra i maggiori costi organizzativi interni e quelli minori di transazione, bensì nel rapporto tra i primi e i costi operativi. La teoria dei costi di transazione, certamente utile per comprendere alcuni aspetti dell'origine dell'impresa e dell'attualità della sua esistenza, ha un rilievo minore nel giustificare i processi di segmentazione della produzione. Tra i costi produttivi rilievo determinante assumono quelli più strettamente legati a oneri economici diretti (la possibilità di avere opere e servizi a prezzi inferiori rispetto ai costi interni) rispetto a quelli derivanti dalla non applicazione delle tutele normative dei dipendenti del committente. I dati in precedenza indicati (159) confermano questa affermazione. Infatti, non sembra che nella riduzione dei «costi operativi» vadano inclusi anche quelli connessi alla eliminazione dei vincoli nascenti dalla subordinazione. E in ogni caso, anche se così non fosse, il complesso delle ragioni a fondamento delle esternalizzazioni prima descritte dimostra il carattere assolutamente secondario rivestito, nelle scelte imprenditoriali, dalla disciplina del lavoro subordinato (160).

Inoltre si è visto che le finalità delle esternalizzazioni non coincidono solo con una riduzione dei costi ma anche con esigenze molto diverse di carattere organizzativo (flessibilità nei rapporti contrattuali, investimenti idiosincratici) e di specializzazione produttiva che, pur avendo un importante rilievo economico — perché possono sempre comportare risparmi consistenti —, ne sono in qualche misura indipendenti. Questi elementi giustificano quindi l'introduzione di nuove discipline normative come la parità di trattamento e la codatorialità, le quali, pur potendo incrementare i costi delle esternalizzazioni, non incidono sulla convenienza delle imprese a utilizzare fornitori esterni. In questi casi, infatti, le competenze e le professionalità da essi garantite sono in ogni caso meno costose di quelle di uguale livello che dovrebbero esse-

l'appaltatore applichi ai propri dipendenti un trattamento economico o normativo migliore rispetto a quello proprio dei lavoratori del committente.

(159) V., *retro*, la precedente nota 22.

(160) La tesi di P. Ichino di «una possibile correlazione fra protezione — legale o sindacale — dei lavoratori e tendenza alla segmentazione della struttura imprenditoriale attraverso la quale si svolge il processo produttivo» (*Il contratto di lavoro*, cit., p. 382) non sembra quindi trovare conferma nelle evidenze empiriche.

re formate e utilizzate internamente. Inoltre i rapporti di integrazione contrattuale garantiscono flessibilità gestionali molto accentuate e vi è la possibilità di concentrare risorse umane e finanziarie su attività strategiche. In sostanza gli aumenti dei costi di esternalizzazione prodotti dalle riforme esposte sono compensati o da una diminuzione dei costi organizzativi interni o da un incremento della qualità delle produzioni dei servizi delle imprese o da entrambi i fattori.

Le proposte avanzate intendono riformare le tipologie contrattuali oggi esistenti e aggiungere nuove forme di tutela giuridica dei lavoratori coinvolti. Si potrebbe obiettare che la parità di trattamento e la codatorialità sono tali da non richiedere alcuna modifica delle fattispecie contrattuali vigenti perché queste riforme possono in ogni caso garantire la protezione dei lavoratori e la selezione di processi di esternalizzazione che rispecchino un modello di competitività «virtuoso» e non legato soltanto alla riduzione dei costi e dei diritti inderogabili. L'obiezione è a mio giudizio solo parzialmente fondata, perché la ridefinizione dei modelli contrattuali potrebbe in ogni caso favorire una diffusione più accentuata di esternalizzazioni fondate su ragioni di specializzazione produttiva. Questo non esclude, peraltro, che la riforma potrebbe operare anche soltanto sul piano delle tutele, ferma restando quindi la necessità di garantire parità di trattamento e codatorialità (161).

Le tesi esposte sono un'indubbia novità rispetto alle tecniche normative oggi conosciute (162). Non credo, tuttavia, che i mutamenti

(161) Va detto, tra l'altro, che le tre tecniche descritte (revisione delle fattispecie, parità di trattamento, codatorialità) potrebbero essere modulate a seconda delle evenienze, escludendo qualsiasi disciplina per determinati appalti (ad esempio le pulizie), prevedendo una definizione contrattuale più selettiva e la parità delle condizioni economiche e normative quale criterio generale ed estendendo la condivisione di alcune discipline del lavoro subordinato soltanto a specifiche ipotesi di integrazione contrattuale dove maggiori sono le esigenze di tutela dei lavoratori.

(162) Un'altra strada da percorrere sarebbe quella della valorizzazione delle «clausole sociali» contenute in molti contratti collettivi, che vietano il decentramento per determinate attività o impongono l'applicazione della contrattazione collettiva di settore ai dipendenti dell'appaltatore (con la chiara finalità di evitare forme di decentramento patologiche, basate sul costo del lavoro). Tali clausole, tuttavia, si sono spesso rivelate inefficaci perché, anche se costituiscono posizioni soggettive a favore dei dipendenti delle imprese appaltatrici, non vengono azionate da parte dei lavoratori interessati per evidenti ragioni di debolezza contrattuale. Esse, inoltre, sono difficilmente tutelabili con l'attuale formulazione dell'art. 28 dello Statuto dei lavoratori. La soluzione consisterebbe nel prevedere uno specifico strumento processuale che, modellato sul meccanismo del procedimento di repressione della condotta antisindacale,

connessi ai fenomeni di segmentazione del processo produttivo possano essere affrontati con gli strumenti tradizionali del giurista e senza una revisione anche di alcune categorie teoriche che sono parte della storia del diritto del lavoro. Le innovazioni qui descritte, che ovviamente sono solo una base di partenza e che richiedono approfondimenti e formulazioni più puntuali, costituiscono un tentativo per superare una situazione di inadeguatezza normativa che impone incisive riforme. Mi sembra che le soluzioni prospettate consentano di trovare un efficace punto di equilibrio tra convenienze economiche delle imprese, esigenze di specializzazione produttiva e tutela dei lavoratori. La logica seguita è quella di coniugare efficienza e protezione sociale, all'interno di un «mercato regolato» e non soggetto esclusivamente alle esigenze della competitività da costi costruita sulla destrutturazione dei rapporti di lavoro.

consentisse ai sindacati stipulanti il c.c.n.l. di agire giudizialmente per imporre il rispetto della clausola quando fosse violata e garantire così i diritti dei lavoratori interessati. In questo caso, in definitiva, il sindacato agirebbe a tutela dell'interesse collettivo al corretto adempimento del contenuto del c.c.n.l. e si tratterebbe soltanto di attribuirgli uno strumento processuale adeguato a realizzare tale scopo.

Piergiorganni Alleva

PRESENTE E FUTURO DEI LICENZIAMENTI PER RAGIONI ECONOMICO-PRODUTTIVE

SOMMARIO: 1. Metodo e merito di una proposta di riforma. — 2. «Causalità» e «a-causalità» dei licenziamenti individuali e collettivi. — 3. Critica della teoria «a-causale» dei licenziamenti collettivi. Il profilo logico-esegetico. — 4. *Segue*: Il profilo storico-sistematico. — 5. Divergenze tra quadro normativo e prassi applicative nell'esperienza recente. — 6. Tratti, caratteristiche e profili qualificanti di una nuova disciplina.

1. — *Metodo e merito di una proposta di riforma* — Avvicinarsi a una tematica di riforma della disciplina legislativa dei licenziamenti per ragioni economico-produttive implica, oggi, a nostro avviso, la necessità sia di formulare un sintetico giudizio negativo dell'assetto normativo esistente, sia quella di compiere alcune scelte di metodo, determinanti gli stessi contenuti della proposta riformatrice.

Che la disciplina attuale, imperniata sulla legge n. 223/1991, meriti, da parte nostra (da una parte, cioè, filo-sindacale), un giudizio negativo, potrà sorprendere, perché è noto, e anche incontestabile, che quella legge fu largamente favorita, e, per certi versi, suggerita, dalle confederazioni sindacali, e che è stata per non pochi anni considerata un efficace strumento di controllo sociale di evenienze delicate e drammatiche. Una legge, cioè, garantista, ma non ideologica, ispirata a realismo e responsabilizzazione delle parti sociali nella ricerca della soluzione adeguata alla crisi occupazionale, e al miglior impiego delle non scarse risorse e previdenze dallo stesso testo normativo previste e rese disponibili.

E, tuttavia, esistevano, visto con il senno del poi, in quell'assetto normativo, i semi di una possibile torsione interpretativa in senso neo-liberistico della disciplina, capaci di svuotarla di ogni significato di tutela e controllo, così da ridurla, da un lato, alla riconferma della piena libertà di licenziamento, ideologica e paradossale, dopo 40 anni di legislazione limitativa, e, dall'altro, a mera previsione di misure assistenziali per i licenziati.

Questa interpretazione, che possiamo, almeno convenzionalmente, identificare come «teoria acausale dei licenziamenti collettivi», si è non solo affermata, ma rischia di divenire egemonica, nonostante la sua contrarietà, per noi evidente, al testo della legge n. 223/1991, e alla sua *ratio* storica, oltre che ai suoi positivi disposti.

Il rischio esiste, però, a dispetto della contestabilità, neanche troppo ardua – ma sulla quale sarà comunque necessario soffermarsi –, delle forzature interpretative che quella teoria implica, perché essa profitta non soltanto di una mutata temperie politico-economica, ma, come si diceva, dei «semi di degenerazione» che il sistema conteneva, e che possono esser così individuati:

1) suddivisione della materia dei licenziamenti per ragioni economico-produttive in due nuclei normativi differenti e autonomi, costituiti dalla legge n. 223/1991 per i licenziamenti collettivi e dall'art. 3, legge n. 604/1966, per i licenziamenti individuali per giustificato motivo oggettivo;

2) limitazione del sistema degli «ammortizzatori sociali» di tipo preventivo (C.I.G., contratti di solidarietà) essenzialmente al solo settore industriale;

3) timidezza (del legislatore) nella fissazione di un criterio di prevenzione tra le misure conservative e quelle espulsive nel governo delle eccedenze di personale.

Il criterio, invero, è sufficientemente delineato nell'art. 4, legge n. 223/1991, che fa obbligo al datore di lavoro di specificare «i motivi tecnici, organizzativi o produttivi, per i quali ritiene di non poter adottare misure idonee [...] a evitare in tutto o in parte la dichiarazione di mobilità», ma lo è (secondo l'opinione prevalente) ai fini dell'interlocuzione sindacale, e non della giustificatezza sostanziale dei licenziamenti.

Il concorso di questi tre elementi ha fatto sì che la fattispecie socialmente delicatissima della perdita del posto di lavoro per ragioni economico-produttive restasse regolata, in modo concettualmente riduttivo e praticamente inefficiente, come questione di legittimità dell'atto di recesso, discendente dal superamento di (opinabili) limiti interni del potere negoziale, peraltro destinati a divenire, nell'attrito giurisprudenziale, del tutto evanescenti.

Il limite socialmente e concettualmente adeguato al potere di recesso per ragioni economico-produttive dovrebbe essere, piuttosto, un limite esterno, discendente dall'esistenza di un sistema coeso di am-

mortizzatori sociali di tipo preventivo, di applicazione generale, e anche per questo legislativamente sancita come doverosa.

L'impugnazione e l'annullamento di un atto di licenziamento per ragioni economico-produttive dovrebbe scaturire – detto più semplicemente – non da una valutazione giudiziale della serietà o gravità di quelle ragioni (limiti interni), ma dal mancato preventivo ricorso (da intendersi obbligatorio come limite esterno) alle misure di governo dell'eccedenza, conservative del rapporto di lavoro, previste dalla legge o dalla contrattazione collettiva.

Il contenzioso, semmai, si sposterebbe sull'abusivo ricorso agli ammortizzatori sociali, nel caso limite della totale insussistenza e pretestuosità della ragione addotta.

Per le considerazioni ora sommariamente tratteggiate, una revisione della disciplina delle eccedenze implica, come si è già anticipato, scelte di metodo fortemente condizionanti lo stesso merito: la scelta, anzitutto, di superare la distinzione tra licenziamenti collettivi per riduzione di personale e licenziamenti individuali per giustificato motivo oggettivo, e la scelta, in secondo luogo, di spostare, concettualmente, l'intera tematica dal capitolo dei negozi risolutivi del rapporto di lavoro a una più congrua *sedes materiae*, costituita dal sistema degli strumenti di governo preventivo della crisi del rapporto. Scelta che, peraltro, dovrebbe essere accompagnata da una riforma, in senso universalista, del medesimo sistema di ammortizzatori sociali.

Si tratta, sicuramente, di una prospettiva quanto mai impegnativa, sia per il legislatore che per l'assetto e l'equilibrio finanziario dello stato sociale, ma la qualità e la quantità dei mutamenti, intervenuti negli ultimi quindici anni, obbligano a una riflessione severa sul progressivo degrado dell'efficienza regolativa e garantista della vigente normativa, sulle sue cause e sui rimedi adeguati. Tra quelle cause vi è certamente una specifica vicenda giuridico-interpretativa, che ha amplificato e forzato verso esiti negativi alcuni difetti del tessuto normativo, e della quale dovremo, in primo luogo, occuparci, ma vi è, altresì, un'obiettivo obsolescenza dei criteri informatori fondamentali della disciplina, riconducibili, soprattutto, alla preminenza e centralità del settore industriale e dei suoi problemi occupazionali.

2. — «Causalità» e «acausalità» dei licenziamenti individuali e collettivi — Se si osserva, allora, in primo luogo, la vicenda che ha portato alla formulazione della teoria «acausale» (che potremmo chiamare anche

«di tutela meramente procedimentale») dei licenziamenti collettivi, occorre riconoscere che la suddivisione della fattispecie dei licenziamenti motivati da ragioni economico-produttive o, ancor più in generale, da ragioni non attinenti alla persona del lavoratore o dei lavoratori, ne ha largamente consentito la formulazione e l'affermazione nelle opinioni dottrinali e giurisprudenziali.

Per quella teoria, infatti, i licenziamenti di più di cinque lavoratori (licenziamento «collettivo», ai sensi dell'art. 24, legge n. 223/1991) non necessitano della ricorrenza di alcun presupposto legittimante, e sono, quindi, inoppugnabili, purché la riduzione del personale (dipendente) sia effettiva, e siano puntigliosamente adempiuti alcuni presupposti procedurali, consistenti, però, in una semplice informazione delle associazioni sindacali e degli organi pubblici. La stessa comunicazione delle «ragioni» e «motivi» dell'iniziativa di ridurre il personale esaurisce la sua portata ed efficacia nell'ambito delle relazioni intersindacali, di talché la loro difformità dalla realtà effettuale non è invocabile come vizio dell'atto finale di recesso, impugnabile, d'altro canto, solo dai singoli lavoratori, ma, ormai, solo per questioni attinenti alla corretta applicazione dei criteri di scelta dei licenziamenti.

Il licenziamento «collettivo» si configura, in tal modo, effettivamente come un licenziamento *ad nutum*, in cui il motivo impulsivo che ha determinato l'atto negoziale non assume ruolo causale, né rilevanza giuridica, salvo il caso estremo ed eccezionale del motivo discriminatorio, in concreto indimostrabile.

Prescindiamo, per il momento, dalle forzature interpretative degli elementi testuali e sistematici della legge n. 223/1991, di cui tale teoria si nutre, per sottolineare, ora, come essa abbisogni, logicamente, dell'assunto di un'alterità profonda della fattispecie del licenziamento collettivo rispetto a quella dei licenziamenti individuali per giustificato motivo oggettivo.

Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo è, infatti, per definizione, «causale», essendo questo l'esatto portato innovativo dell'art. 3, legge n. 604/1966, rispetto alla previgente regola della licenziabilità *ad nutum*.

Così come non ogni motivo di attrito tra datore di lavoro e lavoratore, e non ogni inosservanza di quest'ultimo agli obblighi contrattuali costituisce giustificato motivo soggettivo, ma solo quelle inosservanze che integrino un «notevole inadempimento», non ogni ragione inerente

all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al suo regolare funzionamento costituisce giustificato motivo oggettivo.

Un limite interno, una soglia di rilevanza della ragione produttiva e organizzativa, al di là della quale soltanto essa integra un valido presupposto legittimante del licenziamento, deve esistere agli occhi della legge, o, altrimenti, nulla sarebbe mutato rispetto alla recedibilità *ad nutum*, e l'innovazione dell'art. 3, legge n. 604/1966, sarebbe insussistente.

Con l'entrata in vigore di questo disposto, la discrezionalità imprenditoriale di determinare, momento per momento, il livello occupazionale desiderato è stata, comunque, definitivamente intaccata: altro problema è, poi, stabilire di quanto, in relazione alla natura e alla gravità della ragione addotta.

Dunque, la teoria «acausale» del licenziamento collettivo non potrebbe, logicamente, sussistere se si costituisse un *continuum* tra tale fattispecie e quella dei licenziamenti individuali per motivo oggettivo, e, infatti, oggi, quella teoria postula la separazione, e quasi opposizione, tra le due fattispecie, pur non riuscendo a darne una spiegazione convincente. Tramontata, infatti, l'idea che il licenziamento collettivo fosse riconducibile solo a ragioni economiche, e quello individuale per motivo oggettivo solo a ragioni «tecnologiche», resta inspiegabile perché l'espulsione di personale fino a cinque unità dovrebbe essere sorretta da presupposti sostanziali, sindacabili nell'*an* e nel *quantum*, e quella di più di cinque unità tornerebbe a essere del tutto libera.

Non si può, però, sottacere che quella distinzione ha, paradossalmente, anche indebolito la stessa tutela accordata al lavoratore dall'art. 3, legge n. 604/1966, in sede di licenziamento individuale per giustificato motivo. Diciamo paradossalmente perché, dal dato positivo della «causalità» dei licenziamenti per ragioni economico-produttive, quando riguardino cinque dipendenti si sarebbe dovuta, logicamente, inferire la «causalità» dei licenziamenti della medesima natura anche per quantità superiori. Invece è stata proprio l'asserita e indimostrata «acausalità» del licenziamento collettivo a ispirare uno scadimento nella consistenza del giustificato motivo oggettivo del licenziamento individuale.

Si è detto, infatti, che il problema della «soglia di rilevanza» della ragione addotta dal datore di lavoro quale asserito giustificato motivo oggettivo, è coevo e coesenziale alla stessa introduzione dell'art. 3, legge n. 604/1966, ma la fitta produzione giurisprudenziale sembra seguire non un *trend* di crescita della tutela, quanto, semmai, il *trend* contrario.

Il problema centrale resta quello se la ragione attinente all'attività produttiva e all'organizzazione del lavoro debba esser valutata alla stregua di criteri di media sociale, di talché giustifica il licenziamento quella ragione che indurrebbe ogni «buon imprenditore» a emanarlo, o se, invece, a questa oggettività, per così dire da «manuale di gestione aziendale», si sovrapponga legittimamente il soggettivo apprezzamento di quello specifico datore di lavoro. Nel primo caso, ci si muove, inevitabilmente, verso un sindacato di merito della scelta imprenditoriale; nel secondo, il sindacato giudiziale si riduce, altrettanto fatalmente, a un controllo di mera legittimità, nel senso che il licenziamento risulterà infondato solo quando l'invocata ragione manchi del tutto, o sia invocata solo pretestuosamente. Ma, ancora più delicato, perché tocca il cuore del conflitto sociale, è il quesito se tra le ragioni attinenti all'attività produttiva sia da annoverarsi quella della sua massima profittabilità attraverso un miglioramento del rapporto ricavi/costi, raggiungibile mediante la compressione dei costi di lavoro, con diminuzione degli addetti e aggravio lavorativo a carico dei superstiti.

Il fatto è che la massimizzazione del profitto non costituisce una «esigenza» che si imponga dall'esterno, nel segno della necessità, ma costituisce un «voluto» del tutto normale e coesenziale all'agire imprenditoriale, che rientra senza residui nella sfera dell'interesse soggettivo del datore, così come rientra, per converso, nella sfera di interesse soggettivo del lavoratore quello alla conservazione del posto di lavoro.

In questo conflitto non esiste alcuna «oggettività», alcun criterio di media sociale o di corretta gestione aziendale, perché il desiderio di guadagnare di più è legittimo anche per l'imprenditore che, lungi dall'essere in crisi, sia già al primo posto nella graduatoria dei campioni del tasso di profitto.

Tutto sta a vedere se quel desiderio sia legittimo anche quando la sua realizzazione passi dal sacrificio dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto, o se questa costituisca l'eccezione alla legittimità di quel desiderio. Ma certamente, ove non fosse configurabile un'eccezione del genere, il giustificato motivo «oggettivo» (ma, in realtà, soggettivo dell'imprenditore) esisterebbe sempre, perché sempre l'impresa persegue il profitto massimo.

Sulla questione, oggi più che mai fondamentale, la giurisprudenza ha assunto, storicamente, posizione in linea di principio negativa, affermando che il mero scopo di maggior profitto non giustifica il licenziamento con riguardo alle fattispecie cd. «di svecchiamento», nelle quali il

lavoratore anziano viene licenziato «per giustificato motivo oggettivo», onde assumere al suo posto un giovane meno costoso.

Alla suddetta enunciazione di principio, però, la maggior parte della giurisprudenza non è, poi, riuscita a restar coerente nell'affrontare fattispecie in realtà simili e omogenee, come nell'ipotesi che quel lavoratore dipendente fosse stato sostituito non da un neo-assunto, più giovane, ma anche lui dipendente, bensì da un agente di commercio, ovvero la sua specifica attività fosse stata data in appalto a impresa esterna.

In tali casi, il licenziamento è stato spesso ritenuto legittimo, in sostanza perché mediato da iniziative, misure o provvedimenti di carattere organizzativo (stipula dei contratti di agenzia o di appalto), costituenti, agli occhi dei giudici, quelle «ragioni attinenti alla organizzazione del lavoro», evocate dall'art. 3, legge n. 604/1966, come integranti giustificato motivo oggettivo.

Il punto è, però, che queste «misure organizzative» sono solo uno strumento alternativo per il raggiungimento di quel medesimo fine di massimizzazione del profitto con sacrificio del lavoratore licenziato (più sopra ritenuto, invece, inadeguato a fondare un valido licenziamento), e anche esse appartengono interamente alla sfera volontaristica del datore di lavoro.

Il ruolo ambiguo, rivestito in questa problematica dal momento o fattore organizzativo, si coglie pienamente con riguardo ad altra fattispecie, tanto frequente quanto discussa: quella della redistribuzione tra i colleghi rimasti in servizio dei compiti svolti dal lavoratore o dai lavoratori licenziati, con ovvia intensificazione, a carico dei primi, dei ritmi e carichi di lavoro.

Sembrava che non dovessero, in tal caso, sussistere dubbi, mancando anche qualsiasi modifica o misura organizzativa, che non sia, semmai, successiva al licenziamento, quale aggiustamento delle relazioni di lavoro conseguenti alla redistribuzione di mansioni, ma anche in tale fattispecie è stata intravista una misura «organizzativa» (ancorché, in realtà, successiva), suscettibile di assurgere a giustificato motivo di licenziamento.

Che una simile conclusione sia in palese contraddizione con l'affermazione di massima, per cui la ricerca di maggior profitto non legittima il licenziamento, è del tutto evidente, trattandosi, anzi, dell'ipotesi peggiore, contrassegnata da aumento dello sfruttamento e dalla mancanza di compensazione nell'occupazione globale. Va, però, soprattutto, sottolineato come agisca, in tali orientamenti, proprio l'in-

fluenza «a rovescio» della teoria «acausale» del licenziamento collettivo, dal momento che, per solito, quel tipo di operazione implica numeri medio-grandi (essendo la redistribuzione dei carichi di lavoro in tal caso più agevole), e, dunque, l'adozione della procedura di licenziamento collettivo. Ma una volta ammessa, in ipotesi, la legittimità dell'operazione nelle grandi imprese per la «acausalità» del licenziamento collettivo, è, ovviamente, forte la tentazione e la tendenza a ripeterla nella piccola impresa, a dispetto della «causalità» del licenziamento per giustificato motivo oggettivo. La quale, a questo punto, sarebbe ridotta, come si comprende, a un vuoto simulacro, stante l'equazione, concretamente realizzata, tra ricerca del massimo profitto e giustificato motivo oggettivo.

Per evitare il surrettizio ritorno alla recedibilità *ad nutum*, occorre ridare vigore e pregnanza alla norma, pur sempre vigente, dell'art. 3, legge n. 604/1966, e ciò può farsi sia adottando *standards* valutativi espliciti, i quali, per così dire, riportino le ragioni produttive e organizzative dal campo della speculazione a quello della necessità (escludendo la ricomprensibilità nel giustificato motivo di pratiche di maggior sfruttamento del lavoro), sia, una volta ritornati nel campo della necessità, arricchendo la previsione dell'art. 3, legge n. 604/1966 con la previsione, quale limite esterno al potere di licenziamento, di ammortizzatori sociali conservativi, che rendano superflua la ricerca di soglie di rilevanza di limiti interni.

3. — *Critica della teoria «acausale» dei licenziamenti collettivi. Il profilo logico-esegetico* — La riaffermazione della «causalità» dei licenziamenti per motivo oggettivo consente di respingere, in chiave sistemica, la teoria «acausale» del licenziamento collettivo, per quanto già osservato, e cioè per l'irragionevolezza e improponibilità logica di un assetto normativo che facesse mutare la natura del licenziamento da «causale» ad «acausale» in corrispondenza dell'esubero di 6 e non di 5 lavoratori. Tuttavia, quella teoria appare insostenibile ed erronea anche da diversi punti di vista, storico, strutturale ed esegetico, e su questi profili è, comunque, ora doveroso soffermarsi.

La prima, e solo all'apparenza ovvia, notazione è che presupposti fattuali legittimanti dei licenziamenti collettivi sono espressamente previsti dall'art. 24, legge n. 223/1991, il quale assoggetta alle procedure di confronto sindacale, previste dagli artt. 4 e 5 della stessa legge, quei datori di lavoro che «in conseguenza di una riduzione o tra-

sformazione di attività o di lavoro intendano effettuare almeno cinque licenziamenti nell'arco di 120 giorni».

Il licenziamento collettivo, pertanto, non si giustifica da sé, ma è «conseguenza» di qualcosa che sta a monte, e ne è, quindi, il presupposto legittimante, ossia la «riduzione o trasformazione di attività o di lavoro».

È proprio su quest'ultima formula legislativa, però, che si sono consumati, e possono consumarsi equivoci capaci di legittimare la teoria «acausale», che, pure, la formula stessa sembra condannare senza appello.

Intanto, si è cominciato con il negare che la suddetta formula implichi sempre un ridimensionamento strutturale dell'azienda, con chiusura di uffici, reparti, filiali ecc., potendo, invece, dar luogo soltanto a una riduzione o «potatura» della sola forza-lavoro, e fin qui si potrebbe esser d'accordo, pensando, ad esempio, a una duratura crisi di domanda in un'impresa con lavorazioni e qualifiche omogenee e ad alta intensità di manodopera.

Bisogna, però, guardarsi dall'equivoco, che si traduce in rovesciamento concettuale assurdo, secondo cui visto che il licenziamento collettivo può sussistere legittimamente come fattispecie, anche se abbia comportato solo contrazione di livello occupazionale, allora esso altro non è che la decisione di realizzare tale contrazione occupazionale. E dall'equivoco di leggere quella formula legislativa, sostituendo alla parola «lavoro» l'espressione «forza-lavoro», come se dicesse «imprese [...] che in conseguenza di una riduzione o trasformazione di attività o di «forza-lavoro» intendano effettuare almeno cinque licenziamenti ecc.».

L'errore logico e interpretativo – sul quale, peraltro, si basa la teoria «acausale» dei licenziamenti collettivi – è evidente, perché, in tal modo, si cancella arbitrariamente il nesso di causa ed effetto, che innerva, invece, la previsione testuale («in conseguenza»), e causa ed effetto paradossalmente si unificano.

Il termine «lavoro», predicato nell'espressione «riduzione [...] di lavoro», non può assolutamente esser letto come «forza-lavoro», o, altrimenti, si perviene al bisticcio logico: visto che il licenziamento collettivo altro non è, *in rerum natura*, che una riduzione della forza-lavoro, si affermerebbe che il licenziamento collettivo sarebbe «conseguenza»... di se stesso.

Sarebbe come dire «imprese che, in conseguenza di una riduzione di forza-lavoro, intendano ridurre la forza-lavoro (di almeno cinque unità)».

Il termine «lavoro» in quel contesto va, piuttosto, inteso nel senso in cui normalmente si dice che un'impresa «ha lavoro», o «ha poco lavoro», o «non ha più lavoro», nel senso, cioè, di «domanda di merci o servizi da soddisfare», e che viene soddisfatta con l'organizzazione produttiva data, tuttavia suscettibile di evoluzione e mutamenti. Di talché quel termine può indicare, correlativamente, oltre alla riduzione della domanda, anche la riduzione del «lavoro socialmente necessario per soddisfarla», indotta dal progresso tecnologico e organizzativo; concetto che, ovviamente, nulla ha a che vedere con la forza-lavoro concretamente impiegata nell'impresa. Questa, semmai, subisce le conseguenze, divenendo eccedentaria, della riduzione, per innovazione tecnico-organizzativa, della quantità di lavoro socialmente necessario, in astratto, per produrre quel certo *stock* di beni o servizi.

La formula legislativa, pertanto, può comprendere tanto la crisi di mercato e di domanda, quanto la necessità di ristrutturazione e riorganizzazione aziendale: entrambe, però, si pongono come «causa» di una «conseguenza», consistente nella riduzione della quantità forza-lavoro concretamente occupata nell'impresa.

Le suddette causali o presupposti legittimanti, evincibili dalla formulazione dell'art. 24, peraltro come meglio si dirà tra poco, altro non sono che le «cause integrabili», le quali giustificano, tra l'altro, il ricorso alla C.I.G. ordinaria e straordinaria.

Il nesso causa-effetto è così ricostituito, e che i licenziamenti siano una conseguenza di qualcosa che sta a monte, e che non può coincidere logicamente con i licenziamenti stessi (ossia riduzione di forza-lavoro), lo conferma, poi, l'ulteriore previsione dell'art. 24, comma 1, quando prevede la «riconducibilità» di licenziamenti formulati in tempi diversi a una medesima riduzione o trasformazione di attività o di «lavoro» (da intendersi nel senso sopra chiarito).

In definitiva, è logicamente ed esegeticamente impossibile trovare un fondamento alla teoria «acausale» nella formulazione dell'art. 24, legge n. 223/1991, sotto il profilo che esso contemplerebbe, come presupposto auto-legittimante, anche la sola «riduzione [...] di lavoro», giacché questa espressione non indica affatto i licenziamenti, ma la causa dei licenziamenti stessi.

Per converso – ma su ciò torneremo tra breve – quella formulazione rinvia, concettualmente, a ragioni oggettive, a causali di difficoltà aziendali non diverse da quelle che legittimano (dove possibile) il ricorso alle integrazioni salariali, secondo un rapporto lineare e

stretto di causa-effetto tra ricorrenza in concreto della causa integrabile e sospensione indennizzata del rapporto di lavoro.

4. — Segue: *Il profilo storico-sistematico* — Si potrebbe, però, pensare che la teoria «acausale» possa reggersi sotto un altro riguardo: sostenendo, cioè, che i licenziamenti collettivi debbano, bensì, rimandare a una causa o presupposto legittimante al di fuori di essi, e a essi precedente, ma che questo consista, e possa consistere, legittimamente, nella ricerca del massimo profitto mediante la riduzione del costo del lavoro, ottenuta con il licenziamento di parte del personale e maggior sfruttamento della parte restante.

Si è già visto, trattando dei licenziamenti individuali per giustificato motivo oggettivo, come in tal modo i recessi tornerebbero a essere *ad nutum*, perché il presupposto legittimante non è più «oggettivo» o esterno al soggetto datoriale agente, ma si identifica con la sua stessa volontà. Basta, cioè, che l'imprenditore voglia ciò per cui è imprenditore, ossia massimizzare il profitto, perché sia automaticamente legittimato il sacrificio dei posti di lavoro, ancorché non ricorra alcuna altra ragione di mercato, produttiva od organizzativa.

Sit pro ratione voluntas. Talvolta questa cruda affermazione è accompagnata dalla considerazione «tecnicista» per cui la decisione di licenziare parte dei lavoratori per aumentare il carico lavorativo dei superstiti involge, comunque, «misure organizzative»: quelle, appunto, necessarie per maggiore il carico lavorativo.

È questa, come si comprende, solo un'espressione di confusione di idee, perché si tratterebbe di misure organizzative non precedenti e causative della riduzione di personale, ma successive e caudatarie della sua del tutto volontaria e discrezionale effettuazione.

Nessuno può negare, peraltro, che la teoria «acausale» del licenziamento collettivo, così concepita, abbia, in astratto, una sua coerenza e linearità interna, quale applicazione integrale di ideologia neo-liberista, del primato della libertà dell'impresa: è la regola giuridica di molti paesi e lo è stata anche del nostro. Ma il punto è che non lo è attualmente, e in diritto positivo, mentre ancora sono vigenti gli artt. 4, 5 e 24 della legge n. 223/1991, e l'art. 3, legge n. 604/1966, i quali disegnano una disciplina giuridica ben diversa.

La formula legislativa dell'art. 24 («riduzione o trasformazione di attività o di lavoro») non comprende, né letteralmente, né concettualmente, la riduzione dei costi di lavoro a fini di massimizzazione del pro-

fitto, e, al proposito, è quanto mai rilevante il richiamo contenuto nel comma 1 dello stesso art. 24 alle procedure dell'art. 4, ossia agli obblighi procedurali e di informazione connessi con la messa in mobilità. Esso, infatti, si traduce, anche sulla base di una considerazione strutturale del testo normativo, nel rinvio alle causali tutte oggettive (crisi aziendale o di mercato, processi di ristrutturazione) che legittimano il ricorso alle integrazioni salariali, quale strumento prioritario e alternativo del governo dell'esubero di personale.

Svolgendo il concetto in modo più ampio, notiamo, infatti, che il comma 3 dell'art. 4, legge n. 223/1991, richiamato (al pari degli altri commi) dall'art. 24, prevede un obbligo di informazione (la cui inosservanza vizierebbe l'intera procedura), consistente nella «indicazione dei motivi che determinano la situazione di eccedenza, dei motivi tecnici, organizzativi e produttivi per i quali si ritiene di non poter adottare misure idonee a porre rimedio alla predetta situazione ed evitare in tutto o in parte la dichiarazione di mobilità».

Se la volontà di massimizzare i profitti, licenziando parte dei lavoratori, potesse costituire uno dei «motivi» legittimamente adducibili con tale informativa, quest'ultima costituirebbe un non-senso con riguardo alla descrizione, che, invece, è pure necessaria, dell'impossibilità tecnico-organizzativa di evitare in tutto o in parte i licenziamenti.

Spiegazioni del genere, infatti, sono comprensibili e logiche, quando l'esubero sia determinato da evenienze estranee all'imprenditore, che egli subisce, e alle quali cerca di porre rimedio, ma non quando l'evenienza sia la sua stessa volontà di licenziare, onde maggiorare il profitto.

D'altro canto, che il comma 3 dell'art. 4 si riferisca proprio ed esclusivamente a evenienze estranee all'imprenditore, a sue situazioni di difficoltà economica o di mercato, lo dimostra la stessa collocazione concettuale dell'art. 4 all'interno della legge n. 223/1991, giacché esso regola la messa in mobilità, ossia il licenziamento collettivo con provenienza dalle integrazioni salariali (C.I.G. straordinaria). Il che significa che le situazioni di esubero di cui si tratta sono situazioni «oggettive» che, in precedenza, hanno consentito il legittimo ricorso a integrazioni salariali, ossia crisi aziendali e di mercato e processi di ristrutturazione. Invece, la riduzione del costo di lavoro attraverso la sospensione dei rapporti di lavoro di parte dei dipendenti, e aggravio del carico lavorativo dei superstiti, non costituisce, certamente, causa integrabile.

Detto diversamente, l'art. 4, legge n. 223/1991, prevede il licenziamento collettivo («messa in mobilità») dopo che l'integrazione salariale

si sia rivelata rimedio insufficiente di governo dell'esubero, ma, allora, le ragioni e situazioni «a monte» del licenziamento sono le stesse (crisi e processi di ristrutturazione) che erano a monte del ricorso alla C.I.G., e determinavano la «situazione di eccedenza», da illustrare nella comunicazione del comma 3.

Tutto ciò, peraltro, si applica per espresso rinvio legislativo anche alla fattispecie dell'art. 24, che si differenzia da quella degli artt. 4 ss., per essere anch'essa fattispecie di licenziamento collettivo, ma senza previo ricorso alle integrazioni salariali, o perché l'imprenditore non ha voluto ricorrervi, o perché si tratta di settore economico in cui le integrazioni salariali non esistono. Si è già detto, in proposito, come la formula usata dall'art. 24 «riduzione o trasformazione di attività o di lavoro» sia, nella sostanza, contenutisticamente omogenea a quella che designa le cause integrabili (crisi aziendali, di mercato, processi di ristrutturazione).

Ne discende, in conclusione, che tutti i licenziamenti per esubero di personale, tanto preceduti che non preceduti da concreto ricorso alla C.I.G., devono essere considerati e trattati come «causali».

Sono queste considerazioni e valutazioni che trovano un ulteriore e massiccio conforto nell'origine storica della stessa legge n. 223/1991, succeduta, come si sa, alla legge n. 675/1977, la quale, addirittura, interdiceva, nel settore industriali, i licenziamenti collettivi, sostituendoli con trasferimenti collettivi di manodopera, intanto sospesa dal lavoro con integrazione salariale, durante l'attesa (spesso assai lunga) che i trasferimenti fossero resi concretamente possibili dal sistema di mobilità amministrata. La legge n. 223/1991 ha «sbloccato» le situazioni di interminabile attesa, consentendo, infine, il licenziamento, ma con previsione di sostanziali provvidenze (indennità di mobilità) e incentivi di ricollocamento facilitato. A monte, però, restavano, a definire la fattispecie complessiva dell'esubero di personale (articolata in sospensione, prima, e risoluzione, poi, dei rapporti), le stesse «ragioni», ossia evenienze fattuali estranee alla volontà e libera discrezionalità dell'imprenditore, costitutive delle cause integrabili. Con l'occasione, si è data, altresì, attuazione alla Direttiva europea, disciplinando in parallelo, ma in termini omogenei, la riduzione di personale senza previo concreto ricorso alle integrazioni salariali, come fattispecie più generale.

Ulteriore e finale notazione può essere quella riguardante una contraddizione interna alla teoria «acausale», la quale assume, come tutela

unica, ma vera, dei lavoratori di fronte ai licenziamenti collettivi, una puntuale, dettagliata, addirittura formalistica procedura di confronto intersindacale.

La tutela, in altre parole – secondo quella teoria –, si realizza e si esplica nell'ordinamento intersindacale, mentre l'ordinamento statuale fornisce un supporto esterno, imponendo, sotto pena di invalidità dei licenziamenti, che, nel rapporto intersindacale, l'informativa sia completa, il confronto puntuale, l'esposizione dei motivi dettagliata ecc.

Sennonché, senza sindacabilità dei motivi addotti dall'imprenditore e giustiziabilità della loro eventuale falsità, quella *ratio* di tutela si vanifica: basterebbe, in altre parole, «riempire delle carte» per adempiere formalmente, ma non sostanzialmente, alla procedura di riduzione di personale.

Senza dirlo esplicitamente, la giurisprudenza che ha accolto la teoria «acausale» è giunta proprio a questa conclusione, anche eticamente ripugnante.

Altrimenti, per essere, invece, corretti e conseguenti con l'enunciazione della particolare natura e collocazione (nell'ordinamento intersindacale) della tutela, bisognerebbe dire che l'allegazione di motivi falsi, pretestuosi o incompleti, in quanto suscettibili di alterare il confronto intersindacale, costituisce comportamento giuridicamente illegittimo, antisindacale, e, per tale via, viziante procedura e licenziamenti. E la «causalità», cacciata – come si suol dire – dalla porta, rientrerebbe dalla finestra.

5. — *Divergenze tra quadro normativo e prassi applicative nell'esperienza recente* — Quanto ora evidenziato a riconferma della natura «causale», a stregua della vigente normativa, di tutti i licenziamenti per ragioni economico-produttive, sia individuali che collettivi, non esime, però, da una riflessione sul concreto comportamento delle parti sociali nel corso di questi ultimi anni.

Si può dire, forse con un po' di pessimismo, che, anche da parte delle Organizzazioni Sindacali, vi è stata una sorta di tacita adesione alla teoria «acausale», in occasione di importanti vicende di massiccia espulsione di forza-lavoro. Ci si riferisce, ad esempio, alle grandi riduzioni di personale che hanno interessato le *ex* aziende di Stato (Poste e Ferrovie, anzitutto), riconvertite al mercato, nonché primari gruppi bancari, e non soltanto nel corso della tumultuosa fase delle fusioni e delle concentrazioni, ma anche dopo il (relativo) assestamento delle entità societarie.

In queste vicende, infatti, le Organizzazioni Sindacali si sono costantemente collocate, per così dire, «a valle» dell'iniziativa datoriale, rinunciando a contestarne le ragioni e, persino, l'incoerenza (talvolta davvero evidente), per rivendicare, invece, misure di indennizzazione ampia, o, addirittura, «totale» dei licenziati.

Si è cercato, detto in metafora, che le operazioni di espulsione avvenissero in «anestesia totale», ottenibile con il ricorso sistematico a forme di prepensionamento: si è consentita, cioè, la mano libera ai datori di lavoro, purché i licenziati si trasformassero immediatamente in pensionati di anzianità, ovvero in «para-pensionati» di anzianità, per tali intendendo soggetti in godimento di trattamenti di mobilità, erogati da specifici «Fondi», in attesa della maturazione, in un arco di tempo massimo prestabilito, dei requisiti pensionistici.

Va, invero, precisato che si trattava di settori «non coperti» dal sistema degli ammortizzatori sociali pubblici (C.I.G. e indennità di mobilità), destinati essenzialmente al settore industriale: pertanto, prima sono stati creati, contrattualmente, ammortizzatori «privati» con Fondi contrattuali, destinati a svolgere la medesima funzione dell'indennità di mobilità e a erogare copertura contributiva, e, poi, si è proceduto alla riduzione di personale sulla base dell'equazione «pensionabilità (di anzianità) = licenziabilità».

Il percorso «tecnico» per raggiungere tale risultato passava, però, inevitabilmente, dall'art. 5, legge n. 223/1991, dal momento che la maturazione dei requisiti per il pensionamento di anzianità (immediato o differito a termine certo) non costituisce certamente una condizione di libera licenziabilità, diversamente dalla maturazione della pensione di vecchiaia (art. 4, legge n. 108/1990), ma nulla vieta che, invece, la pensionabilità di anzianità sia legittimamente assunta, in sede di accordo sindacale, ex art. 5, legge n. 223/1991, come criterio di selezione dei licenziandi.

E, pertanto, tutte quelle vicende si sono poggiate su Accordi che contemplavano il licenziamento di lavoratori pensionabili d'anzianità, da subito o entro un certo lasso di tempo.

Proprio qui, però, si è annidato l'equivoco o errore che ha finito, a nostro avviso, con il viziare le ricordate vicende, perché si è scambiato un possibile criterio di selezione dei licenziandi, quale può anche essere la pensionabilità di anzianità, ma che, comunque, si pone «a valle» di un obiettivo esubero dovuto ad altre legittime ragioni, con un presupposto legittimante del licenziamento collettivo.

Si tratta di due concetti che non possono assolutamente essere confusi: con un «criterio di scelta», si determina il lavoratore che deve effettivamente essere licenziato tra più lavoratori che sono anche loro astrattamente licenziabili, per la sussistenza di una causa di esubero che li riguarda tutti, anonimamente.

Il presupposto legittimante è, invece, la stessa causa di esubero consentita dall'ordinamento.

Il sindacato, allora, non può creare *ex novo* una causa di esubero, e cioè di licenziabilità, costituita dalla pensionabilità di anzianità, perché sarebbe in contrasto con il disposto legislativo dell'art. 4, legge n. 108/1990, che consentendo il licenziamento dei soli pensionabili di vecchiaia, implicitamente, ma sicuramente, esclude i pensionabili di anzianità. L'Accordo sindacale, invece, può stabilire che, tra più lavoratori, tutti già astrattamente licenziabili per una legittima causa di riduzione (es.: crisi produttiva), sia licenziato, al posto del giovane con carico di famiglia, il pensionabile di anzianità.

Per effetto di questo macroscopico equivoco concettuale e giuridico, si sono avute procedure di esubero basate unicamente sul criterio della pensionabilità di anzianità o prossimità alla stessa, come condizione direttamente giustificatrice e determinativa del licenziamento, tanto che, ad esempio, nel caso delle Ferrovie, si è addirittura omessa la procedura formale di licenziamento collettivo, ritenendo sufficiente l'Accordo sindacale. Nel settore bancario, il d.m. n. 158/2000 ha, bensì, specificato che, a monte, doveva, comunque, esser esperita la procedura dell'art. 24, legge n. 223/1991, ma il denunziato equivoco l'ha ridotta a una mera apparenza, perché se la pensionabilità è assunta (illegittimamente) come presupposto legittimante – così da configurare l'accordo sindacale come semplice accordo «di sfollamento» –, e non come criterio selettivo in senso proprio, tutte le previsioni e obblighi di comunicazione dell'art. 4, legge n. 223/1991, perdono di senso e divengono inapplicabili. Si comprende, infatti, agevolmente, che se la decisione (concordata sindacalmente) è quella di ridurre generalmente del 10% la forza-lavoro, licenziando i lavoratori più vicini alla pensione di anzianità, fino al raggiungimento di quella percentuale, non ha senso, poi, indicare possibilità alternative, o la collocazione aziendale degli esuberanti o le qualifiche degli esuberanti, come, invece, vorrebbe l'art. 4, legge n. 223/1991, calibrato sull'ipotesi corretta di un piano razionale di riduzione della forza-lavoro. Solo alla fine, quando l'equazione «pensionabilità = licenziabilità» avrà colpito alla cieca, si conosceranno qualifiche e collocazione aziendale dei

licenziandi, con risultati, quasi sicuramente incongrui, di sguarnire del tutto, perché gli addetti erano prossimi alla pensione, uffici già poveri di organico, e, magari, di non toccare affatto uffici pletorici.

È noto, ad esempio, che, nel caso delle Ferrovie, la falcidia ha colpito soprattutto il personale degli impianti e della rete, mediamente più anziano, e ha toccato assai poco quello, sicuramente sovrabbondante, degli uffici, con il determinarsi di situazioni paradossali e tragicomiche di lavoratori licenziati per esubero ma subito trattiene e riammessi in servizio per insopprimibili necessità operative.

Nel settore bancario, quando non si è riusciti a realizzare lo «sfollamento» tramite incentivi e accordi individuali, e si è proceduto unilateralmente (es.: nel caso del Gruppo Banca Intesa), le cose sono andate anche peggio, e non soltanto per i risultati, talvolta davvero assurdi, di quel «cieco» criterio (si è arrivati al paradosso di capi del personale costretti a licenziare sé stessi), ma perché si è motivata esplicitamente la decisione di licenziamento dei pensionabili con lo scopo di aumentare i profitti e bilanci già largamente attivi, riducendo la massa salariale e intensificando i ritmi lavorativi dei superstiti.

L'anestetico dei prepensionamenti generalizzati e garantiti, che ha condotto le Organizzazioni Sindacali di settore (non tutte) a un atteggiamento acquiescente, ha costituito, poi, un precedente pericolosissimo per le altre situazioni, ben diverse, in cui piccole e medie imprese industriali hanno portato alle estreme conseguenze la teoria neolibera della natura acausale dei licenziamenti collettivi, procedendo a «delocalizzazione» di attività produttive in paesi esteri con licenziamento dei lavoratori italiani.

È difficile comprendere la ragione per cui incorra, a tutt'oggi, nei rigori della legge, l'imprenditore che provi a sostituire i suoi dipendenti anziani con giovani meno costosi, e non quello che sposti il reparto produttivo al di là del confine orientale, magari traslocandovi materialmente, come spesso è accaduto, macchinari e scorte per assumere manodopera a basso costo.

Le reazioni sindacali sono state per lo più scoordinate e incerte, quasi a misurare una grande distanza, ormai, tra teoria e pratica, ma tanto va notato, a nostro avviso, non per predicare un'intensificazione di vertenzialità o una (ri)presa di coscienza in senso garantista, quanto per sottolineare, invece, la necessità di far tesoro dell'esperienza sociale, non meno che di quella giurisprudenziale, per addivenire a un nuovo assetto dell'intera materia.

Questo deve basarsi, a nostro avviso, su alcuni capisaldi, che tra loro si pongono anche in posizione dialettica, ovvero di peso e contrappeso. Il primo è che nel nostro ordinamento, per ragioni costituzionali di primazia della tutela del lavoro su quella dell'impresa, il licenziamento, e, dunque, anche il licenziamento per motivo economico-produttivo, non è libero. Esso, dunque, deve continuare a fondarsi su una ragione giustificativa del perché l'equilibrio tra interesse imprenditoriale e interesse alla conservazione del lavoro, in determinate situazioni, possa rompersi a favore del primo. E questa ragione non può consistere nella sola massimizzazione del profitto a scapito del lavoro, perché, coincidendo il massimo profitto con lo scopo d'impresa, ne resterebbe contraddetto il postulato o punto di partenza costituzionale.

Per altro verso, però, una volta acquisito che debba sussistere una ragione di tipo obiettivo, ascrivibile alla sfera delle necessità, o, comunque, delle esigenze di conduzione aziendale, il secondo caposaldo è rappresentato dall'inopportunità di un esame o di un giudizio su «quanto grave» debba essere quella ragione per giustificare il licenziamento.

Il che, certamente, non costituisce una novità concettuale, perché da sempre il giudizio sulla sussistenza del giustificato motivo soggettivo si è differenziato da quello sulla sussistenza del giustificato motivo oggettivo, per essere, il primo, «di merito» e, il secondo, «di legittimità», ma lo diventa nella misura in cui il giudizio, riguardante la sussistenza del giustificato motivo oggettivo, si porti anche su «limiti esterni» dell'agire imprenditoriale, ossia sull'adempimento a un obbligo di preventivo ricorso a misure di governo dell'esubero alternative al licenziamento. Sempre, però – e questo è il terzo caposaldo –, che tali misure abbiano portata universale, così come portata universale ha la regola di causalità e giustificatezza dei licenziamenti.

A partire da questi capisaldi, si può, dunque, provare a delineare un nuovo regime dei licenziamenti, o, piuttosto, degli esuberi per ragioni economico-produttive.

6. — *Tratti, caratteristiche e profili qualificanti di una nuova disciplina* — La prima novità dell'auspicata riforma dovrebbe esser costituita, come si è detto già in apertura, dal superamento della distinzione tra licenziamento collettivo e licenziamento individuale per motivo oggettivo, per la quale manca ormai ogni giustificazione logica e giuridica, se si riconferma il carattere causale di tutti i licenziamenti per motivo economico-produttivo. Resta vero che, in presenza di esuberi riguardan-

ti un consistente numero di lavoratori si rende necessaria una procedura di confronto sindacale, ma ciò rappresenta un *quid pluris*, richiesto dalla dimensione sociale del fenomeno, che non tocca la fattispecie sostanziale e la necessità di un controllo, anche giudiziario, sulla sussistenza dei suoi presupposti, legittimanti per tutti i licenziamenti: anzi, ben si potrebbe prevedere, all'inverso, una qualche forma di assistenza o supporto sindacale o istituzionale anche per licenziamenti economico-produttivi, che riguardino pochi lavoratori o uno solo, soprattutto in considerazione di una nuova disciplina di preventivo ricorso ad ammortizzatori sociali.

Riunificare i licenziamenti per motivo economico-produttivo e farli confluire, quale «ultima *ratio*», in una ben più complessa disciplina «universalista» degli ammortizzatori sociali, avrebbe, poi, un quanto mai benefico effetto di chiarimento sistematico nei riguardi degli «altri» licenziamenti, ossia dei licenziamenti disciplinari per giusta causa o motivo oggettivo, nel senso che una volta isolata questa fattispecie risulterebbe più facilmente accettabile l'estensione di un regime di stabilità reale.

Chi ha vissuto l'esperienza della campagna referendaria per la generale applicazione dell'art. 18 dello Stato sa bene di cosa si tratta: l'obiezione, che veniva anche da interlocutori di convinzioni progressiste, era sempre la stessa, e cioè che si trattasse di un'innovazione troppo drastica e punitiva per la piccola impresa, esposta alle oscillazioni del mercato, ossia per il piccolo imprenditore, il quale, dimostrandosi un po' troppo pessimista, riducesse, in maniera, per qualche verso, discutibile, il personale, esponendosi così a una controversia giudiziaria molto onerosa.

Quegli stessi interlocutori, ragionando, invece, sui licenziamenti per motivo disciplinare, non avevano alcuna difficoltà a convenire sull'assunto che, essendo il licenziamento disciplinare una pena, doveva essere messo nel nulla se l'incolpazione si rivelava pretestuosa o non fosse provata.

Separare, in prospettiva, i licenziamenti disciplinari da quelli per motivo economico-produttivo, dunque, non può che «far bene» agli uni e agli altri: ai licenziamenti disciplinari, da un lato, perché rende credibile e adeguata l'universalizzazione della tutela di stabilità reale, e ai licenziamenti per ragioni economico-produttive, dall'altro, perché li sottrae all'ambito tematico asfittico dei vizi negoziali, della legittimità «in sé» dell'atto, e li ricolloca in un contesto tutto diverso. In un contesto, cioè, nel quale non si tratterebbe di stabilire se il datore ha pro-

ceduto a un licenziamento «giusto», ma, anzitutto, se ha consentito al suo dipendente di fruire degli strumenti e provvidenze alternative predisposte dall'ordinamento.

La seconda novità dovrebbe, infatti, consistere nell'adozione esplicita di un criterio di prevenzione dei rimedi alle situazioni di esubero, ovvero nel franco accoglimento della cd. «teoria del licenziamento ultima *ratio*», con l'ovvio corollario che quanto più fornito fosse, allora, il «magazzino» di quei rimedi, tanto più la questione del licenziamento e della sua impugnazione ne verrebbe sdrammatizzata.

Si tratterebbe di rimodulare gli istituti delle integrazioni salariali, dei contratti di solidarietà, del *part-time*, e, soprattutto, di rendere obbligatorio (anziché solo «consigliato») il ricorso a essi prima e invece del licenziamento.

Ciò non significa, però, che l'unico limite alla discrezionalità datoriale sarebbe il suddetto limite «esterno» del preventivo ricorso alle misure alternative di «ammortizzazione sociale», perché, comunque, la fattispecie di esubero di personale dovrebbe restare una fattispecie «causale», con presupposto legittimante, costituito da situazioni di crisi, aziendale o di mercato, o da processi di ristrutturazione obiettivamente giustificati a stregua di criteri di corretta gestione aziendale, e con esclusione, invece, di mere manovre speculative, tese alla massimizzazione del profitto, sulla forza-lavoro (esternalizzazioni speculative, sovraccarico lavorativo dei superstiti).

Semplicemente, una volta riscontrata la sussistenza effettiva del presupposto legittimante, diverrebbe ultronea un'indagine sul suo grado di intensità o gravità, così come accade, d'altro canto, anche oggi in sede di richiesta e concessione del trattamento di integrazione salariale straordinaria: non occorre, per accedere al trattamento di integrazione salariale, che la crisi, se esiste, superi, poi, una certa «soglia» di gravità, o che la ristrutturazione produttiva od organizzativa, se effettiva e utile, costituisca l'ultima speranza di vita dell'azienda. La valutazione che porta alla concessione del trattamento di integrazione salariale è, dunque, «di legittimità», nel senso che il presupposto deve esistere effettivamente e avere almeno una consistenza minima, e non già di «merito», perché prescinde da ulteriori graduatorie di gravità.

Nel sistema riformato che si auspica, pertanto, al datore di lavoro sarebbe inibito il licenziamento solo in quanto non sussistano affatto i presupposti legittimanti della riduzione, ma una volta che essi esistano, l'unico e vero suo obbligo sarebbe di far ricorso preventivo al-

l'integrazione salariale o altro strumento di ammortizzazione dell'e-subero, con la conseguenza che, una volta sfortunatamente utilizzati i medesimi senza miglioramenti della crisi occupazionale, la legittimità del successivo licenziamento risulterebbe evidente e difficilmente discutibile.

Le ipotesi di riduzione meramente speculativa, invece, resterebbero, come si è detto, escluse «a monte», e anche con previsioni espresse dall'ambito dei comportamenti legittimi, e tra esse non potrebbe non venire in specifica considerazione la pratica della «delocalizzazione», la quale, tuttavia, stante il suo rilievo e le sue implicazioni, che esorbitano anche dal diritto del lavoro, meriterebbe una specifica attenzione legislativa.

Resta da dire dell'universalizzazione, logicamente necessaria nella *ratio* di questo sistema, ma anche conforme a ineludibili criteri di equità sociale, della fruibilità degli ammortizzatori sociali.

Occorre, però, mutare del tutto la fisionomia del sistema: oggi costituisce ammortizzatore di fruizione universale solo l'indennità di disoccupazione, che ha natura prettamente risarcitoria, senza alcuna valenza prevenzionistica delle espulsioni di forza-lavoro, e, anzi, con valenza opposta. Invero, un'indennità di disoccupazione di notevole importo percentuale rispetto alla retribuzione perduta e di buona durata costituisce un ottimo alibi per la «mano libera» datoriale nei licenziamenti collettivi.

Si tratta, invece, di rendere universali gli ammortizzatori «preventivi», che cercano di evitare i licenziamenti, ossia integrazioni salariali (con riunificazione e nuova disciplina di C.I.G. ordinaria e straordinaria) e contratti di solidarietà, da privilegiare, questi ultimi, in quanto strumenti consensuali e concordati.

Bisogna, in definitiva, superare il tradizionale, inveterato pregiudizio che l'unica occupazione «che conta» in sede politica e di politica economica sia quella industriale, e che, dunque, su di essa debba concentrarsi il grosso delle risorse e degli interventi, e, una volta abbandonata questa visuale economicista e funzionalistica, accedere al concetto che quello all'utilizzo di ammortizzatori preventivi è diritto fondamentale di ogni lavoratore, proprio come lo è la tutela contro i licenziamenti, di cui quel diritto di utilizzo costituisce, a ben vedere, parte integrante.

Il diritto alla tutela contro i licenziamenti non può, infatti, essere inteso solo come tutela contro manifestazioni illegittime del potere negoziale di recesso del datore di lavoro, ma anche, e anzitutto, come

tutela (preventiva) contro il prodursi di situazioni che renderebbero legittimo l'esercizio di quel potere.

Con questo non ci si vuole, tuttavia, nascondere che le condizioni del concreto utilizzo degli ammortizzatori «preventivi» e di quelli «indennitari» sono quanto mai variabili, nel senso che, ad esempio, un'integrazione salariale con sospensione dal lavoro non avrebbe molto significato nel caso di un piccolo negozio in crisi, mentre ne avrebbe moltissimo in quello di un'impresa artigiana in fase di mutamento di committenza.

Ma un intervento che riporti equità, anche tra i lavoratori, è assolutamente necessario, perché non è ulteriormente sopportabile che alcuni possano fruire di tre anni di integrazione salariale e di ulteriori tre anni di indennità di mobilità all'80% dello stipendio, e altri di soli 6 mesi di indennità di disoccupazione al 40% dello stipendio.

La soluzione che ci sembra preferibile è quella di dotare ogni lavoratore di uno *stock* di risorse di «ammortizzatori sociali» (di fonte tanto legale che contrattuale), fatto pari, ad esempio, a tre annualità, da intendersi come *stock* complessivo e cumulativo sia di benefici preventivi che indennitari, ossia di integrazioni salariali finalizzate a evitare il licenziamento, e di indennità di disoccupazione dovuta per la perdita del posto di lavoro.

L'utilizzo dello *stock* dovrebbe funzionare «a vasi comunicanti», in modo da poter puntare, a seconda delle situazioni, sui benefici preventivi di salvaguardia dell'occupazione, ove possibile, o su una indennizzazione di lunga durata, ove impossibile.

Non è, però, il caso di entrare in troppi dettagli, la cui messa a punto non sarà, peraltro, difficile, una volta acquisite, sulla scorta delle considerazioni svolte, le ragioni e la direzione del cambiamento, che è quella della riaffermazione non di astratti divieti o semi-divieti di licenziamento, ma di modelli di coesione sociale di responsabilità imprenditoriale, di controllo e partecipazione (1).

(1) Per una indicazione in tal senso vedi l'articolato e la relativa relazione illustrativa riguardanti la proposta di Legge di iniziativa popolare promossa dalla C.G.I.L. per la salvaguardia dell'occupazione, la qualità del lavoro e la garanzia dei redditi (pubblicati su Aa.Vv., *La riforma del mercato del lavoro*, Roma, Ediesse, 2003, pp. 71 e 137).

Amos Andreoni

RAZIONALITÀ E PROPORZIONALITÀ NEI LICENZIAMENTI «OGGETTIVI»

SOMMARIO: 1. Interessi in conflitto e canone di proporzionalità — 2. Il bilanciamento degli interessi nei licenziamenti per giustificato motivo oggettivo — 3. La ponderazione dei diritti nel licenziamento collettivo: i profili costituzionali — 4. Licenziamento collettivo e responsabilità sociale del gruppo di imprese — 5. Epilogo.

1. — *Interessi in conflitto e canone di proporzionalità* — È possibile sottoporre la disciplina dei licenziamenti «oggettivi» a un controllo di razionalità, in ragione del fatto che il diritto al mantenimento del posto di lavoro ha la copertura costituzionale dell'art. 4 Cost. (1) e l'art. 41 Cost. soggiace ai limiti previsti dal suo comma 2?

(1) La Corte Costituzionale, a proposito delle norme che dettano la disciplina dei licenziamenti individuali, ha più volte rilevato che dall'art. 4 Cost. discendono principi che esprimono l'esigenza di un contenimento della libertà di recesso del datore di lavoro e l'ampliamento della tutela del lavoratore quanto alla conservazione del posto di lavoro; che, però, l'attuazione di questi principi resta affidata alla discrezionalità del legislatore ordinario quanto alla scelta dei tempi e dei modi in rapporto alla situazione economica generale.

La Corte ha avvertito, quindi, che, stante la discrezionalità e la conseguente gradualità con cui il legislatore poteva applicare i principi costituzionali relativi alla garanzia della conservazione del posto di lavoro, l'art. 8, legge n. 604/66, era una iniziale attuazione di quei principi (sentenza n. 194/1970).

La Corte ha, poi, affermato che il legislatore, con gli artt. 18 e 35 della legge n. 300 del 1970 (laddove avevano assicurato una più ampia tutela reale a quei lavoratori che dipendevano da determinate imprese industriali, commerciali o agricole), aveva voluto attuare un regime più favorevole di quello stabilito dagli artt. 8 e 11, legge n. 604/66, con riguardo non più alla dimensione globale dell'impresa, ma alla struttura organizzativa di essa nelle singole unità produttive e nell'ambito territoriale, richiedendo che l'impresa occupasse più di quindici o cinque dipendenti nella stessa unità produttiva, o almeno nello stesso Comune (sentenza n. 189/1975).

In tal modo, con riguardo al diritto alla stabilità del rapporto, come ad altri diritti sociali, la Corte ha seguito il principio di gradualità nell'attuazione delle riforme legislative (Modugno, *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995) e quello di costituzionalità provvisoria di una determinata disciplina bisognevole di rior-

A questa domanda dà una risposta positiva Adalberto Perulli in un recente bel saggio (2).

Ciò dovrebbe comportare un sistematico controllo giudiziale sulla coerenza interna delle scelte operate dall'imprenditore, sull'adeguatezza delle stesse e sulla proporzionalità dei costi e dei benefici arrecati dall'atto di recesso.

Il medesimo Autore poi osserva che questa esigenza di razionalità dello scambio si sta rapidamente diffondendo anche oltre l'area del bilanciamento tra valori costituzionali, in tutti gli aspetti del diritto dei contratti. In tal senso i principi di buona fede e correttezza andrebbero in-

ma o di sviluppo (cfr., in generale, sentenza n. 826/1988; sulla incostituzionalità di una attuazione parziale priva di apprezzabili ragioni giustificative v. sentenza n. 215/1987).

Maitre di tale operazione è stato ritenuto il principio di eguaglianza, in quanto fonte non solo delle tecniche di attuazione gradualistica dei diritti sociali, ma più in generale di tutte le operazioni di bilanciamento, mediante una linea argomentativa che, muovendo dall'identificazione dei beni e dei valori costituzionali che si assumono compromessi da una legge ordinaria, procede alla valutazione del loro peso relativo nella circostanza dedotta in giudizio, per concludere con l'individuazione dell'interesse che nel caso concreto sia giudicato meritevole di tutela, senza alcuna gerarchia tra principi o eccessivo sacrificio di uno dei principi dedotti in conflitto (Bin, *Diritti e argomenti*, Milano, Giuffrè, 1992, Scaccia, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2000).

Una stabilizzazione degli esiti dei vari giudizi di bilanciamento, espressi nell'arco di un trentennio, sembra realizzarsi nel 2000 (con l'ordinanza n. 46) in occasione del giudizio di ammissibilità – risoltosi affermativamente – del quesito referendario abrogativo dell'art. 18, legge n. 300/1970.

In tale occasione, infatti, la Corte si premura di precisare quale sia il nucleo essenziale del diritto al (mantenimento del rapporto di) lavoro, ai sensi degli artt. 4 e 35 Cost.: «pertanto, l'eventuale abrogazione della cd. tutela reale avrebbe solo l'effetto di espungere uno dei modi per realizzare la garanzia del diritto al lavoro, che risulta ricondotta, nelle discipline che attualmente vigono sia per la tutela reale che per quella obbligatoria, al criterio di fondo della necessaria giustificazione del licenziamento. Né, una volta rimosso l'art. 18 della legge n. 300 del 1970, verrebbe meno ogni tutela in materia di licenziamenti illegittimi, in quanto resterebbe, comunque, operante nell'ordinamento, anche alla luce dei principi desumibili dalla Carta sociale europea, ratificata e resa esecutiva con legge 9 febbraio 1999, n. 30, la tutela obbligatoria prevista dalla legge 15 luglio 1966, n. 604, come modificata dalla legge 11 maggio 1990, n. 108, la cui tendenziale generalità deve essere qui sottolineata».

In definitiva la necessaria giustificazione del licenziamento e la tutela obbligatoria sembrano essere ritenute dalla Corte come il nucleo essenziale del diritto al mantenimento del posto di lavoro, ai sensi degli artt. 4 e 35 Cost., finalmente assunti, nella loro qualità di norme sostanziali, come strumento identificativo della porzione di base del diritto medesimo.

(2) In *DLRI*, 2005, I, p. 3.

tesi quale specificazione di un generale criterio di ragionevolezza; in questa direzione è ad es. rivolto l'art. 1:302 dei Principi di diritto europeo dei contratti. Analoga indicazione si ritrova nei Principi dei contratti commerciali internazionali dell'Unidroit.

Del resto anche nel sistema europeo dei diritti dell'uomo il principio di proporzionalità rappresenta il principale *test* utilizzato dalla Corte di Strasburgo.

A livello comunitario, di poi, il canone di proporzionalità, formalizzato con l'art. 3 del Trattato di Maastricht, già da tempo elevato a rango di principio fondamentale dell'ordinamento, si accinge a confermarsi come uno dei valori fondanti dell'Unione europea (art. 9 del Progetto di Costituzione europea).

Più recentemente, uno *standard* di razionalità-proporzionalità è entrato a far parte del nostro patrimonio giuridico grazie a una norma di derivazione comunitaria (Dir. n. 2000/78/Ce; art. 3, comma 3 e comma 6, d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216).

2. — *Il bilanciamento degli interessi nei licenziamenti per giustificato motivo oggettivo* — Che questo principio di razionalità-proporzionalità possa ritenersi di pratica applicazione anche in Italia ne è riprova l'esperienza relativa alle norme limitative del licenziamento individuale per ragioni oggettive, laddove la migliore giurisprudenza «richiede una “seria ragione di utile gestione dell'impresa” o “un'effettiva necessità di riduzione dei costi” e non una finalità di mero accrescimento del profitto, onde il licenziamento viene vagliato dal punto di vista di una reale necessità organizzativa avente come scopo una più economica gestione dell'azienda, di guisa che — proprio in virtù dell'operazione di controllo della razionalità dell'atto — può ben dirsi che nell'amministrazione del rapporto di lavoro la logica puramente individualistico-mercantile viene sostituita da una logica funzionale alle esigenze dell'organizzazione. Nello stesso solco di un vaglio di necessità si colloca la giurisprudenza che coglie nell'atto di recesso un'*extrema ratio*, caratterizzata dall'impossibilità di impiegare altrove il dipendente licenziato» (3).

(3) Così Perulli, *op. cit.*, p. 28, e giurisprudenza ivi indicata. Non dissimile è la posizione secondo cui l'art. 3, seconda parte, legge 15 luglio 1966, n. 604, imporrebbe di valutare l'adeguatezza e razionalità tecnica del licenziamento in relazione alla scelta organizzativa che lo ha dettato, proponendosi, in sostanza, il rispetto di regole tecniche di buona organizzazione: (v. soprattutto Mancini, *Commentario allo Statuto dei lavoratori*, in Scialoja e Branca, *Commentario del codice civile*, I ed., Bologna-Roma,

3. — *La ponderazione dei diritti nel licenziamento collettivo: i profili costituzionali* — Questo bilanciamento — secondo l'orientamento consolidato della Corte Costituzionale — diventa drammaticamente difficile in tema di licenziamenti collettivi data «la incensurabilità delle scelte tecniche e produttive dell'imprenditore, quale estrinsecazione della libertà di iniziativa economica garantitagli dalla Costituzione (art. 41)» con l'effetto di limitare la tutela del lavoratore alla sola verifica in ordine al corretto espletamento delle «procedure di conciliazione previste dagli accordi collettivi e nel controllo dell'osservanza da parte del datore di lavoro dei criteri fissati dai patti sindacali di categoria per la concreta selezione dei dipendenti da licenziare» (4).

3.1. — Qui, l'esito del confronto si risolve fin dall'inizio mediante l'estromissione del diritto alla stabilità del posto dalla «topografia del conflitto», legittimante il confronto tra gli opposti interessi (5) in quanto deprivato di ogni copertura costituzionale (ad es. l'art. 4) che possa conferire al medesimo una pari dignità rispetto al potere di licenziamento collettivo, ritenuto invece come facoltà necessariamente implicata dalla libertà di iniziativa economica, tutelata dall'art. 41 Cost., con il

1972, p. 259; Giugni, *Intervento*, ne *I licenziamenti nell'interesse dell'impresa*, pp. 102-103. V. anche Persiani (*La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto*, in Mazzoni, Riva Sanseverino, *Nuovo Trattato di diritto del lavoro*, Padova, 1971, II, p. 685): «...dalla previsione dei motivi attinenti, in genere, all'attività produttiva discende un limite esterno al potere di licenziamento, nel senso che questo non può essere esercitato se non quando lo giustifichino le esigenze tecniche della produzione o la corretta applicazione delle regole dell'organizzazione del lavoro».

In senso conforme v. anche D'Antona, in q. *Riv.*, 1974, II, p. 922; anche per Liso (*La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Milano, Angeli, 1982, p. 84) l'azione imprenditoriale potrebbe svolgersi in piena autonomia, libera da controlli di merito ma sottoposta comunque a valutazioni di ragionevolezza tecnica. Per tutti questi Autori, inoltre, è possibile legittimare il licenziamento per giustificato motivo obiettivo solo in assenza di praticabili alternative, anche ove queste richiedano operazioni di riqualificazione professionale; v. anche Mazziotti, *Il licenziamento illegittimo*, Napoli, 1982, p. 148; Romagnoli, *Commentario allo Statuto dei lavoratori*, sub art. 18, in Scialoja e Branca, *Commentario del codice civile*, II ed., Bologna-Roma, 1979-1981, spec. p. 98; Treu, in *RTDPC*, 1972, p. 1027, spec. pp. 1053-1054; Ballestrero, *Il giustificato motivo di licenziamento*, ivi, p. 140; Natoli, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Milano, 1955, p. 89.

(4) La citazione è tratta da Corte Cost., ordinanza n. 191/1985.

(5) Sulla cd. topografia del conflitto, pregiudiziale per ammettere l'interesse dedotto alla successiva fase del giudizio costituzionale di bilanciamento v. per tutti Bin, *Diritti e argomenti*, Milano, Giuffrè, 1992.

risultato di un confronto diseguale tra diritti (in quanto non equiordinati) e di una conseguente «recessione» *in apicibus* del diritto alla stabilità rispetto al potere di licenziamento.

L'operazione viene realizzata in via definitiva, mediante una lettura mirata dell'art. 41 Cost.: ai fini della copertura costituzionale della libertà di attività economica privata, infatti, viene offerta dalla Corte una lettura espansiva dell'ambito proprio del comma 1 dell'art. 41, oltre il momento iniziale della intrapresa.

D'altra parte la riconduzione della libertà di iniziativa economica al novero delle libertà fondamentali della persona consente di affermare la primazia del comma 1 dell'art. 41 e, per l'effetto, di limitare la portata applicativa dei successivi commi 2 e 3.

Con l'ulteriore risultato di escludere il diritto del lavoratore dall'ambito proprio dell'art. 41, commi 2 e 3, e di ritenerlo quindi sfornito di tutela costituzionale (nell'implicito e concomitante presupposto della irrilevanza, nella specie, dell'art. 4 Cost.).

L'opzione della Corte, mirata alla delimitazione della topografia del conflitto mediante una interpretazione *ad hoc* dell'art. 41 Cost., è stata molto criticata in dottrina, per la rigidità e l'opinabilità della lettura delle norme costituzionali e per il fatto di aver creato, in tal modo, un precedente definitorio difficilmente rimuovibile in casi successivi, se non al prezzo di una esplicita (e imbarazzante) presa di distanza da parte della stessa Corte (6).

Viceversa, il medesimo risultato sarebbe stato possibile realizzare ammettendo al bilanciamento i due diritti, in quanto dotati entrambi di copertura costituzionale, salvo dimensionarli diversamente al momento successivo del confronto.

La critica è persuasiva ma non risolutiva, posto che la diversa graduazione costituzionale dei due diritti (all'occupazione e di iniziativa economica) pone comunque il problema di quali criteri perseguire nella sede finale del bilanciamento (7).

(6) V. la posizione assunta da Mortati (*Iniziativa privata e imponible di manodopera*, in *Gcost*, 1958, p. 1190) nei confronti della sentenza n. 78/1958, dettata per la omologa questione dell'*agere licere* in tema di assunzioni; sentenza che ha la stessa struttura argomentativa della successiva ordinanza n. 191/1985 riguardante i licenziamenti collettivi.

(7) In effetti, come venne ripetutamente affermato in Assemblea Costituente (v. l'intervento dell'On. La Pira nella seduta del 8 ottobre 1946), le disposizioni del Titolo III, per un verso, non fissano una disciplina organica dei rapporti economici e, per altro verso, ipotizzano un sistema economico misto, al cui interno operano su di un pia-

Al di là delle affermazioni più opinabili della Corte resta il suo *dictum* in ordine alle necessarie declinazioni della libertà di iniziativa economica privata.

Un *dictum* riproposto dalla Corte come una costante.

E così anche successivamente viene ribadito il principio secondo cui «i limiti che possono essere prescritti [...] non debbono essere tali da renderne impossibile o estremamente difficile l'esercizio» poiché va salvaguardata la «necessità di lasciare all'operatore un ragionevole margine di utile, affinché egli possa trovare nell'esercizio dell'attività economica la convenienza a iniziare o proseguire il suo lavoro»; sicché alla Corte spetta il compito di verificare «il rapporto di congruità

no di parità l'iniziativa privata e quella pubblica; un sistema che resta comunque finalizzato alla realizzazione dei diritti sociali, in quanto espressivi del valore del lavoro e della persona umana.

Il «grande sogno della giustizia sociale» giustifica dunque la centralità dell'art. 3, comma 2, in combinato disposto con gli artt. 1, 2 e 4 Cost.

Alla luce di esso – e dei correlativi compiti di trasformazione delle strutture e di emancipazione dei cittadini-lavoratori – vanno interpretate le qualificazioni di «sociale» e di «interesse generale», contenute negli artt. 41-46 della Costituzione.

L'abbondanza di questi nessi sociali qualificativi, la loro collocazione mirata in ciascuno dei diritti economici, la relativizzazione di questi ultimi per effetto di quei nessi, l'adozione del modello di economia mista, il carattere sistematico dei nessi sociali in funzione ordinativa della intera «Costituzione economica»: tutto questo determina una relazione strutturale delle citate disposizioni con l'art. 3, comma 2, Cost.

Nel contempo questa relazione strutturale realizza, in termini finalistici, la sovraordinazione dei diritti sociali rispetto ai diritti economici, e un rapporto di strumentalità di questi a quelli (Baldassare, *Diritti sociali*, in *Enc. giur.* 1989, p. 26; Luciani, *Economia nel dir. cost.*, in *Dig. Disc. pubbl.*, 1990; Andreoni, *Diritti sociali e diritti economici nella Costituzione*, in *q. Riv.*, 2000, I, p. 25).

D'altra parte la salvaguardia del modo di produzione capitalistico e la dipendenza dei diritti sociali, in termini di effettività, dal «progresso materiale» conseguente a quel modo di produzione (artt. 4 e 41 Cost.) determinano, sotto un profilo funzionale, una relazione di implicazione reciproca tra diritti sociali e diritti economici, in termini di condizionamento e di bilanciamento, con risultati di volta in volta diversi, in termini di prevalenza degli uni rispetto agli altri, secondo le particolarità del caso e le contingenze storiche. Se la graduazione astratta, e dunque la sovraordinazione dei diritti sociali rispetto ai diritti economici, è un *prius*, il bilanciamento, come di volta in volta dalla Corte viene storicamente determinato, retroagisce sulla graduazione, plasmando il diritto sociale, alla condizione di non invalidare in termini sistematici quella graduazione e di ripristinare in via diacronica il nesso di priorità implicato da quella graduazione.

Insomma sussiste nel giudizio di costituzionalità (e nella valutazione del giudice ordinario) un nesso stretto tra graduazione e successivo bilanciamento, nel senso che il secondo condiziona in concreto il primo, a patto di salvaguardarne in via statica il primato tendenziale, e, in via dinamica, il primato effettivo.

tra mezzi e fini, per salvaguardare la libertà garantita contro interventi arbitrariamente restrittivi».

In sostanza l'intervento legislativo non deve essere tale da costituire un condizionamento delle scelte imprenditoriali in modo così penetrante da determinare «la funzionalizzazione dell'attività economica», tanto da sacrificarne «le opzioni di fondo o restringendone in rigidi confini lo spazio e l'oggetto delle stesse scelte organizzative» (8).

La Corte in tal modo ha riconosciuto la necessità per l'impresa di dotarsi di strumenti, materiali e personali, esclusivamente in base a una valutazione propria, in quanto ritenuta la più idonea al fine di adeguare al mercato la dimensione aziendale, combinando variamente il capitale fisso con quello variabile. Una valutazione che meglio di ogni altra è in grado di assicurare di volta in volta la corrispondenza fra il volume dei beni o dei servizi offerti e il volume della domanda; condizione ritenuta essenziale per il conseguimento del profitto e per adeguare la struttura produttiva al progresso tecnico mediante le necessarie innovazioni di processo (9).

In sintesi la garanzia della istituzione del libero mercato concorrenziale determina il contenuto essenziale del diritto di iniziativa economica, secondo l'ampia accezione sopra indicata, con pregiudizio per un sindacato giudiziale sui profili causali del licenziamento collettivo.

3.2. — Date queste premesse, la verifica in ordine alla legittimità dei licenziamenti collettivi si sposta dall'aspetto causale (attinente alla razionalità tecnica del licenziamento) a quello procedurale, demandando solo all'autonomia collettiva e non anche al vaglio giudiziale il compito di un concreto bilanciamento, caso per caso, dei due interessi confliggenti: il diritto al (mantenimento del posto di) lavoro e il diritto di iniziativa economica. Compito peraltro difficile, posto che la procedura sindacale ha il solo onere/beneficio del rispetto dei criteri di correttezza e buona fede negli adempimenti informativi, senza addivenire agli estremi di un obbligo a contrarre.

3.3. — D'altra parte la Corte Costituzionale – per effetto del carattere definitorio e dunque totalizzante del suo *dictum* – apre all'op-

(8) Così Corte Cost., sentenza n. 548 del 1990; v. anche sentenze n. 362 del 1998; n. 54 e n. 339 del 2001.

(9) Ventura, *Licenziamenti collettivi*, in *EGT*, 1991.

zione liberalizzante della giurisprudenza di merito e di legittimità, maturata sotto il vigore dell'art. 11, legge n. 604 del 1966, secondo cui, ove sussista l'indispensabile requisito costituito dal ridimensionamento dell'attività imprenditoriale, la sussistenza di un licenziamento collettivo non può essere esclusa né dalla prestazione di lavoro straordinario da parte dei dipendenti rimasti in servizio, né dall'affidamento a terzi di operazioni prima svolte direttamente in azienda, e neppure dalla circostanza di nuove assunzioni, ove non risulti la necessità di colmare quei vuoti di organico determinati dal licenziamento collettivo (10).

L'opzione interpretativa viene confermata e anzi accentuata sotto il vigore della legge 23 luglio 1991, n. 223 (11): ora il ricorso alla procedura di riduzione del personale non presuppone necessariamente una crisi aziendale, e neppure un ridimensionamento strutturale dell'attività produttiva; il requisito della riduzione o trasformazione di attività o di lavoro, previsto dall'art. 24 della stessa legge, infatti, ricorre (anche indipendentemente da una diminuzione strutturale dell'attività di impresa) nei casi in cui una modifica dell'organizzazione produttiva comporti comunque un ridimensionamento occupazionale.

Da ciò deriva che la rilevanza del licenziamento plurimo individuale per giustificato motivo oggettivo (e l'onere del *repechage*) viene a ridursi alle sole ipotesi in cui il numero dei lavoratori interessati dai provvedimenti espulsivi non sia sufficiente a far scattare la disciplina del licenziamento collettivo, o nel caso in cui l'impresa non abbia il requisito dimensionale previsto dalla legge.

Ad analoghe conclusioni si giunge in ordine all'orientamento giurisprudenziale secondo cui il datore di lavoro può ritenere, fin dall'inizio, che esista la necessità del ridimensionamento occupazionale senza ricorrere pregiudizialmente all'intervento della C.I.G.S. (12).

3.4. — La differenza di trattamento tra le due ipotesi di recesso — quello collettivo e quello per giustificato motivo oggettivo — non può,

(10) Cass. 16 luglio 1992, n. 8603, Cass. 29 settembre 1988, n. 5301, Cass. 6 dicembre 1985, n. 6153, Cass. 26 settembre 1986, n. 5781, Cass. 10 maggio 1986, n. 3128.

(11) Su cui v. Cass. 21 ottobre 1999, n. 11794.

(12) Cfr. Pret. Firenze, 21 ottobre 1993, in *Toscana Lav. giur.*, 1993, p. 584; Pret. Roma 17 luglio 1992, in *RIDL*, 1993, 11, p. 335; Pret. Campobasso 3 maggio 1993, in q. *Riv.*, 1993, II, p. 123, Pret. Milano 29 giugno 1994, in *OGI*, 1994, p. 651.

d'altronde, ritenersi irragionevole, stante le premesse poste dalla Corte Costituzionale. Un conto è il rilievo generale della pianta organica, che dunque resta incernierata *ab imis* nel comma 1 dell'art. 41 Cost., senza intromissioni altrui; altra cosa è il destino di pochi lavoratori, per i quali la più leggera dimensione del problema consente un diverso livello del bilanciamento, mediante una interpretazione adeguatrice dell'art. 3, legge n. 604/1966, alla luce degli artt. 3, 4 e 35 Cost., senza pregiudizio dell'art. 41 Cost.

Con l'effetto che nel licenziamento individuale oggettivo il contemperamento tra i due interessi – quello «lavorista» al mantenimento del posto di lavoro e, all'opposto, quello datoriale all'estinzione del rapporto – ben può ammettere «un limite esterno al potere di licenziamento, nel senso che questo non può essere esercitato se non quando lo giustifichino le esigenze tecniche della produzione o la corretta applicazione delle regole dell'organizzazione del lavoro» (13).

4. — *Licenziamento collettivo e responsabilità sociale del gruppo di imprese* — Al di là di ogni considerazione sulla correttezza della lettura operata dalla Corte in ordine all'art. 41 Cost. e del mancato bilanciamento di tale disposizione con l'art. 4 Cost., resta in ogni caso una lacuna di fondo nella giurisprudenza costituzionale in tema di licenziamenti collettivi: manca, in effetti, una riflessione sulla responsabilità sociale dell'impresa e del gruppo di imprese. Una responsabilità che poteva essere dedotta dai limiti imposti dal comma 2 dell'art. 41, secondo una lettura comunitaria dell'impresa in combinato disposto con gli artt. 2, 35 e 46 Cost. (14).

Una dimensione comunitaria che non è esclusa dalla polarità degli interessi tra datore e lavoratori – riconosciuta dagli artt. 3, comma 2, e 39-40 Cost. – poiché il momento conflittuale e quello comunitario possono variamente modularsi secondo la cadenza del rapporto di lavoro e la diversa implicazione degli interessi coinvolti.

4.1. — A tale proposito è da ricordare la disposizione di cui all'art. 8, comma 3, del d.l. 20 maggio 1993, n. 148, convertito in legge 19

(13) Cit. Persiani, *op. cit.*, 1971, p. 685.

(14) Per qualche riferimento v., essenzialmente, Mortati, 1954, *Il lavoro nella Costituzione*, ora in Gaeta (a cura di), *Costantino Mortati e «Il lavoro nella Costituzione»: una rilettura*, Milano, Giuffrè, 2005 e 1958; Ghezzi, *Commento all'art. 46 Cost.*, in Branca, *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Il Foro italiano, 1995.

luglio 1993, n. 236, a norma della quale «gli accordi sindacali, al fine di evitare le riduzioni di personale, possono regolare il comando o il distacco di uno o più lavoratori dall'impresa ad altra per una durata temporanea». Tale disposizione consente la possibilità di attivare una mobilità interna al gruppo di imprese o tra società collegate, anche se di natura temporanea. È pacifico peraltro che il comando e il distacco possono essere attivati anche presso imprese del tutto autonome rispetto a quella di provenienza.

In termini analoghi si muove la contrattazione collettiva. Così ad es. il contratto collettivo del settore bancario prevede che l'argomento sulla possibile ricollocazione dei lavoratori non venga confinato nell'ambito dell'impresa che licenzia, ma debba essere verificato nell'ambito delle imprese di gruppo (o meglio del gruppo di imprese) oltre le strettoie della persona giuridica-datore recedente.

L'efficacia di queste clausole è stata chiarita in giurisprudenza.

La ricostruzione più diffusa è quella che configura un vero e proprio onere a trattare secondo buona fede, e come dovere di non rifiutare immotivatamente tutte le proposte alternative che provengano dalla controparte sindacale e dalle autorità pubbliche (15). Con la precisazione, tuttavia, che le clausole generali della correttezza e della buona fede possono essere invocate non nella prospettiva del vincolo dell'imprenditore a ricercare una soluzione negoziale, «bensì in quella – assai più limitata – del compimento di quanto necessario affinché la controparte sindacale sia messa nelle condizioni di esercitare il suo contropotere» (16).

4.2. — Ben diverso sarebbe il quadro ove l'ordinamento consentisse di affermare un obbligo a contrarre con clausola a favore di terzo, con l'effetto di creare un diritto del lavoratore eccedente a essere assunto da una impresa del gruppo cui appartiene il suo datore di lavoro che ha «denunciato» gli esuberanti.

Per la verità la giurisprudenza di legittimità consente una valutazione degli esuberanti nell'ambito del gruppo societario ove sussista una simulazione o comunque una finalità fraudolenta con cui un sodali-

(15) V. Pret. Roma 17 luglio 1992, in *RIDL*, 1993, II, p. 335; cfr. Pret. Milano 8 luglio 1993, *ivi*, 1994, II, p. 84; Pret. Sassari 28 novembre 1994, in *NGL*, 1994, p. 580; in dottrina v. particolarmente D'Antona, in *RCDL*, 1992, p. 322; Del Punta, in *LD*, 1994, p. 134.

(16) Così Carabelli, in *DLRI*, 1994, p. 281.

zio sia stato costituito, eludendo così l'applicazione delle norme imperative a tutela del dipendente (17).

Anche i giudici di merito hanno fornito decisioni significative, non ritenendo, ad esempio, «che al fine dell'applicazione delle norme di cui agli artt. 1, 4 e 24 della legge n. 223/91 sia necessario provare gli obiettivi fraudolenti o che vi sia una fraudolenta parcellizzazione»; qualora infatti concorra «una pluralità di elementi presuntivi che induce a far ritenere che la pluralità di società è nella sostanza un solo soggetto economico, vale a dire una sola impresa», ciò è stato valutato sufficiente per giudicare violato il disposto dell'art. 24, legge n. 223/91 (18).

4.3. — Con le più recenti pronunce da parte della Suprema Corte si è pervenuti all'individuazione di indici necessari perché venga affermata l'esistenza di un unico rapporto di lavoro tra un dipendente e più datori di lavoro, o comunque tali da formare un gruppo così strettamente collegato da costituire un unico centro d'imputazione di rapporti giuridici. In quest'ottica, Cassazione civile, Sez. lav., 22 feb-

(17) Cfr. Cass., Sez. lav., 17 giugno 1998, n. 4142, in q. *Riv.*, 1998, p. 481, e Cass., Sez. lav., 9 giugno 1989, n. 536.

Prima ancora era stata Cass., Sez. lav., 18 aprile 1986, n. 2756 (in *FI*, 1986, I, c. 1847), a richiedere un «esame particolarmente penetrante dei comportamenti dei soggetti collegati – al fine di assodare, ad esempio, se tra gli stessi si sia posto in essere un accordo societario di fatto nella gestione di un rapporto di lavoro» e se, in base agli elementi probatori acquisiti, «i due apparenti datori di lavoro fossero in realtà uno solo, potendo quegli elementi di fatto lasciar presumere, ad esempio, un tale legame tra le due imprese da consentire di ritenere che si fosse costituito fra le stesse un complesso unitario, nell'ambito del quale, pur con la formale distinzione dei rapporti di lavoro, sussisteva in effetti una continuità sostanziale dell'originario contratto di prestazione d'opera con una fittizia successione del soggetto datore di lavoro: più soggetti aventi ciascuno autonoma personalità, ma tesi a tutelare comuni interessi economici, possono essere considerati unitariamente, se non sotto il profilo giuridico, certamente sotto quello economico». A questa maggiore intensità del collegamento societario corrisponde una frequente confusione dei patrimoni, delle attività, delle organizzazioni e, dunque, dell'impiego dei lavoratori, sì da suggerire a una dottrina l'espressione «una sola impresa in forma di gruppo» anziché quella di «gruppo di imprese».

Non è quindi casuale il crescente e poi definitivo abbandono – da parte dei giudici investiti dell'argomento – della locuzione «gruppo societario», sostituita dal riferimento al «collegamento economico-funzionale» tra diverse società (tra le prime è stata Cass., Sez. lav., 8 agosto 1987, n. 6848, in *MGC*, 1987, fasc. 8-9; cfr. poi Cass., Sez. lav., 9 giugno 1989, n. 2819, in *NGL*, 1989, p. 536).

(18) Pret. Milano 7 gennaio 1998, in *RCDL*, 1998, p. 385; cfr. anche Pret. Napoli-Pozzuoli 13 gennaio 1995, *ivi*, 1995, p. 690, e Pret. Milano 27 maggio 1992, *ivi*, 1993, p. 182.

braio 1995, n. 2008 (19), ha segnato senz'altro un passaggio significativo. Sono stati enunciati i seguenti requisiti: «a) l'unicità della struttura organizzativa e produttiva; b) l'integrazione tra le attività esercitate tra le varie imprese del gruppo e correlativo interesse comune; c) il coordinamento tecnico e amministrativo-finanziario tale da individuare un unico soggetto direttivo che faccia confluire le diverse attività delle singole imprese verso uno scopo comune; d) l'utilizzazione contemporanea della prestazione lavorativa da parte delle varie società titolari delle distinte imprese, nel senso che la stessa sia svolta in modo indifferenziato e contemporaneamente in favore dei vari imprenditori che fruiscono dell'attività del lavoratore» (20).

Altre sentenze hanno attribuito carattere pressoché decisivo all'utilizzazione indiscriminata e indifferenziata di lavoratori a opera di una pluralità di aziende (21).

4.4. — Vale la pena precisare che questo percorso è coerente con la giurisprudenza comunitaria, nella quale si è evidenziato che, «nell'ambito del diritto della concorrenza, la nozione di impresa deve essere intesa nel senso che essa si riferisce a un'unità economica dal punto di vista dell'oggetto dell'accordo anche se sotto il profilo giuridico questa unità economica è costituita da più persone fisiche o giuridiche» (22).

4.5. — Che dire della ipotesi di un licenziamento collettivo di lavoratori utilizzati esclusivamente dall'impresa che ha attivato la procedura di mobilità (e che dunque sembrerebbe dover essere considerata atomicamente) ove tale impresa sia *sub*-fornitore ovvero committente stabile di altra impresa?

(19) In *RCDL*, 1995, p. 988.

(20) Detti criteri sono stati integralmente ripresi da Cass., Sez. lav., 1° aprile 1999, n. 3136, in *MGC*, 1999, p. 734, (su cui, v. Trib. Genova 19 aprile 2001, alla quale si deve la presente ricostruzione della giurisprudenza, in q. *Riv.*, 2002, II, p. 295, con nota di Santulli).

(21) Cass., Sez. lav., 19 giugno 1998, n. 6137, in *MGC*, 1998, p. 1361, nonché Cass., Sez. lav., 28 agosto 2000, n. 11275, in *MGC*, 2000, p. 1850. Quest'ultima, ad esempio, ha ritenuto corretta l'inferenza del collegamento tra un'impresa individuale e una società, per la sussistenza del requisito dimensionale richiesto dall'art. 35, legge n. 300/70, per la sola «situazione di promiscuità degli operai della ditta individuale e di quelli della società».

(22) Cfr. Corte Giustizia Cee 12 gennaio 1995, n. 102, *Viho Europe BV c. Commiss. Cee*, e altro, in *FI*, 1995, IV, c. 84, e, nello stesso senso, Corte Giustizia Cee 12 luglio 1984, n. 170, *Hydrotherm geraetebau GmgH c. Compact*, in *FI*, 1986, IV, c. 13).

È possibile risolvere anche in questo caso il tema degli esuberi mediante una verifica giudiziale in ordine alla possibilità di un ricollocamento dei lavoratori presso l'impresa economicamente collegata?

La risposta, allo stato dell'arte, sembrerebbe negativa.

Eppure qualche spiraglio appare sussistere nella ipotesi in cui impresa *sub*-fornitrice e impresa «madre» siano collegate da un ciclo produttivo inscindibilmente unitario, talché il semilavorato dell'una e quello dell'altra non abbiano una consistenza tecnico-funzionale autonoma, suscettibile di essere oggetto di compravendita sul mercato (23).

A ben vedere, infatti, nella vicenda dei licenziamenti collettivi l'oggetto della verifica in ordine alla possibile ricollocazione dei lavoratori non è dato dalla nozione di impresa, bensì dalla dimensione propria dell'azienda, in quel senso largo, comprensivo dell'intero circuito produttivo, come sopra è stato riferito. D'altra parte è dubbio, dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 30/1996, che la qualità del datore di lavoro debba continuare a essere desunta dalla nozione di subordinazione tecnico-funzionale (e dunque dalla titolarità del potere direttivo) e non piuttosto dalla sussistenza di un rapporto economico-sociale caratterizzato dalla doppia alienità dell'organizzazione produttiva e del prodotto finale (24). Ed è evidente, nel caso di specie, che al gruppo di imprese fa unitariamente capo sia l'una – l'organizzazione produttiva – sia l'altro – il prodotto finale –, sicché non

(23) La prima proposizione – la non autonomia tecnico-funzionale – sembra essere affidata sul piano processuale a una perizia tecnica di parte lavoratrice.

All'opposto, offerto tale principio di prova, dovrebbe spettare alla controparte dimostrare la sussistenza di un autonomo spazio di mercato del bene intermedio fornito dall'impresa *sub*-fornitrice che accusa le eccedenze.

(24) Vale la pena aggiungere la precisazione (operata da Roccella, *Manuale di diritto del lavoro*, 2005, p. 41) secondo cui la Corte Costituzionale distingue fra la subordinazione tecnico-funzionale, riscontrabile anche «in altri contratti coinvolgenti la capacità di lavoro di una delle parti», e la «subordinazione in senso stretto», peculiare del rapporto di lavoro subordinato, «la quale è un concetto più pregnante e insieme qualitativamente diverso», coincidente con una condizione di doppia alienità del lavoratore: essa comporta «l'incorporazione della prestazione di lavoro in un'organizzazione produttiva sulla quale il lavoratore non ha alcun potere di controllo, essendo costruita per uno scopo in ordine al quale egli non ha alcun interesse [...] giuridicamente tutelato» (Corte Cost. n. 30/1996). Da ciò conseguirebbe che «l'elemento di qualificazione del tipo contrattuale vada identificato nella dipendenza (da intendersi secondo le indicazioni della Corte), e non dell'eterodirezione, che meriterebbe di essere collocata più propriamente sul piano degli effetti (secondo quanto previsto, in primo luogo, dall'art. 2104, comma 2, cod. civ.) conseguenti a una qualificazione già operata» (Roccella, *op. cit.*, p. 42).

dovrebbero sussistere ostacoli a configurare un'obbligazione solidale a carico delle imprese di gruppo.

4.5.1. — Del resto, in ordine alla tematica affine, riguardante la rilevanza costituzionale dell'art. 3, legge 25 ottobre 1960, n. 1369, ai fini dell'art. 36 Cost., con la sentenza n. 120/1963 la Corte Costituzionale ha sottolineato che «si è voluto in tal modo assicurare l'uniformità di un trattamento minimo ai lavoratori dipendenti dall'impresa appaltante e dalla impresa appaltatrice, in quei casi in cui l'attività di quest'ultima si svolge nell'interno della prima, o ha una *funzione collegata con l'attività dell'azienda appaltante, nel processo produttivo*».

In tal modo la giurisprudenza della Corte ha definito il parametro della retribuzione dovuta desumendo la medesima non già dalla categoria merceologica di appartenenza del datore di lavoro-imprenditore, bensì dalla inerenza del segmento produttivo realizzato dal medesimo rispetto al ciclo di produzione del committente. Ove sussista una unitarietà di ciclo, il trattamento corrisposto dall'impresa committente ai suoi dipendenti vale come disciplina *standard* dell'intero settore.

La Corte in sostanza offre una lettura oggettiva dell'art. 36 Cost., capace di accogliere le successive precisazioni della giurisprudenza della Cassazione laddove quest'ultima ha affermato l'applicazione del principio di parità di trattamento a un'ampia casistica di appalti interni, ricorrendo a una interpretazione non semplicemente topografica, bensì funzionale dell'inciso «all'interno delle aziende», posto dall'art. 3 della medesima legge (25).

(25) La Cassazione ha, infatti, ricompreso nel regime di parità di trattamento anche gli appalti esterni inerenti, in modo principale o anche solo sussidiario, ausiliario o accessorio, al ciclo produttivo normale dell'impresa (Cass. nn. 4237/2000; 12641, 11753, 1924/1998; 814/1993; 8602/1992; 1083/1985; 6212/1981; 1496/1975); e cioè ogni volta che la produzione del bene o servizio da parte dell'imprenditore appaltante non sia possibile neppure parzialmente senza l'apporto produttivo dell'appaltatore (Cass. Ss.Uu., n. 446/1996).

In sostanza la parità di trattamento verrebbe accordata anche ai lavoratori addetti alle imprese di fabbricazione di semilavorati «destinati a essere incorporati o comunque a essere utilizzati nell'ambito dell'attività economica del committente o nella produzione di un bene complesso, in conformità a progetti esecutivi, conoscenze tecniche e tecnologiche, modelli e prototipi forniti dall'impresa committente», dando luogo a una applicazione analogica della fattispecie regolata dalla legge n. 192/1998 (art. 1,

Se tanto è accaduto in tema di art. 36 Cost., tanto può e deve accadere per l'art. 4 Cost., che nel decalogo dei diritti di rilievo costituzionale mantiene una posizione davvero preminente.

5. — *Epilogo* — In definitiva la densità del bene protetto (il diritto al mantenimento del rapporto) impone in tema di licenziamenti collettivi sia un bilanciamento adeguato, sia un appesantimento dei doveri procedimentali posti in capo all'impresa, sia, ancor prima, una rivisitazione della nozione stessa di impresa, nell'ambito della più vasta area dell'impresa di gruppo, come desunta dalla latitudine tecnico-produttiva del ciclo aziendale (26).

Per questo motivo sarebbe auspicabile un orientamento della giurisprudenza che, nel solco dei valori costituzionali e di un corretto bi-

comma 1) in materia di *sub-fornitura* (su cui v. Corazza, *Appalti interni all'azienda*, in *MGL*, 1998, p. 8541; più in generale v. Scarpelli, *Esterneizzazione e diritti del lavoro*, in *DRI*, 1999, p. 351).

Resterebbero fuori dal ciclo interno di produzione, e dal connesso effetto della parità di trattamento, solo i casi in cui «l'azienda dell'appaltante sia autosufficiente e al terzo venga data in appalto una parte della produzione al fine di aumentarla» (Cass. n. 12641/1998).

In sintesi la Cassazione – se per un verso ha ritenuto «esagerata» la sanzione della conversione dei rapporti di lavoro a carico dell'appaltante, negli appalti di servizio privi di macchine e apparecchiature dell'appaltatore, in definitiva limitando l'ambito di applicazione dell'art. 1 della legge n. 1369/1960 (Andreoni, *Impresa modulare, trasferimenti di azienda, ecc.*, in Ghezzi, *Il lavoro tra progresso e mercificazione*, Roma, Ediesse, 2004, p. 198) – per altro verso è stata largheggiante nel definire la sfera di applicazione del regime di parità di trattamento posto dall'art. 3 della stessa legge, valorizzando la *ratio*, onde evitare segmentazioni del ciclo produttivo tese, non già a flessibilizzare e a ottimizzare il processo produttivo, bensì a ottenere risparmi del costo del lavoro. (Cass., Ss.Uu., n. 446/1996; Sez. lav., nn. 8602/1992; 10329/1990; 1083/1985; 6212/1981; 3550/1974; 2751/1971; 1790/1970; in dottrina v. M. T. Carinci, *La fornitura di lavoro altrui*, Milano, Giuffrè, 2000).

Di qui anche una interpretazione severa della nozione di trattamento paritario, comprensivo anche della paga di fatto abitualmente erogata (Cass. n. 102/1968), congiunta a un metodo, altrettanto severo, di confronto, non già tra gli opinabili trattamenti complessivi (teoria del conglobamento), bensì tra i più sicuri istituti, e dunque applicando, all'esito del confronto tra due istituti similari, quello di volta in volta più favorevole (teoria del cumulo: Cass. n. 50 /1958).

(26) In tal senso si muove la proposta di legge di iniziativa popolare promossa dalla C.G.I.L. nel 2003 per la salvaguardia dell'occupazione e la garanzia dei redditi (v. artt. 19-22 del testo pubblicato in Aa.Vv., *La riforma del mercato del lavoro*, Roma, Ediesse, 2003, p. 146).

Una proposta che tuttavia è rimasta finora senza riscontro (tant'è che l'analoga proposta dell'Ulivo nulla prevede in tema di licenziamenti collettivi).

lanciamento degli interessi contrapposti, possa dare adeguato peso alla responsabilità sociale dell'impresa di gruppo, mediante una rilettura, costituzionalmente adeguata, delle categorie generali dell'obbligazione collettiva (27) e della subordinazione.

(27) Su cui v. Mazzotta, in *RTDPC*, 1973, I, p. 751; Vallebona, in *DLRI*, 1982, p. 685. Più in generale v. Mazzotta, in *LD*, 1988, p. 365; Treu, in *DLRI*, 1988, p. 641; Vardaro, *ivi*, p. 203; Aa.Vv., *Il gruppo d'impresa nella realtà giuridica italiana*, Padova, 1990; Zanelli (a cura di), *Gruppi di imprese e nuove regole*, Milano, 1991; Meliaddò, *Il rapporto di lavoro nei gruppi di società*, Milano, 1991; Calabrò, *Lavoro, impresa di gruppo ed effettività della tutela*, Padova, 1991; Nagler, in *LD*, 1992, p. 290; De Simone, *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza*, Milano, 1995; Lunardan, *Autonomia collettiva e gruppi di imprese*, Torino, 1997; Magrini, *Lavoro nelle società collegate*, in *ED, Agg.*, II; Milano, 1998, p. 481.

Francesco Alleva

PRIMISSIME NOTE CRITICHE IN TEMA DI RIFORMA FALLIMENTARE

SOMMARIO: 1. Premessa: le esigenze di riforma, tra finalità annunciate e interessi realmente perseguiti. — 2. Il primo binario della riforma. La disciplina di natura liquidatoria: procedura fallimentare e il restringimento dell'area della fallibilità. — 3. *Segue*: gli organi della procedura liquidatoria e le loro funzioni. — 4. *Segue*: nuove dinamiche processuali, concentrazione dei poteri decisionali e sacrifici in termini di tutela — 5. Il secondo binario della riforma. La disciplina del nuovo concordato preventivo. — 6. Conclusioni: breve ricostruzione dell'intera fattispecie concorsuale riformata e possibili controposte.

1. — *Premessa: le esigenze di riforma, tra finalità annunciate e interessi realmente perseguiti* — Negli ultimi mesi, come è noto, nel mondo sindacale e, più in generale, del lavoro, si sono levati allarmi in merito alla possibile limitazione del diritto dei lavoratori salariati alla tutela giurisdizionale dei propri interessi economici e previdenziali a opera della riforma governativa delle procedure concorsuali, recentemente approvata in via definitiva dal Consiglio dei ministri in data 22 dicembre 2005 (1).

In effetti, come si avrà modo di constatare anche in questa sede, il legislatore pare aver optato per scelte di campo molto nette, spostando gli equilibri dell'attuale legislazione fallimentare *ex* r.d. 16 marzo 1942, n. 267 – indubbiamente da svecchiare, ma fino a oggi almeno sulla carta ben bilanciata –, a favore degli istituti di credito e della

(1) Per il testo del decreto legislativo 9 gennaio 2006, n. 5, pubblicato in *GU*, n. 12, del 16 gennaio 2006 – Supplemento ordinario n. 13, si veda il sito *web* del Senato della Repubblica, in *Leggi e decreti*, o le edizioni dei giornali economici del 23 e 24 dicembre 2005. Per inciso, il presente elaborato non ha certo la pretesa di sviscerare tutti gli istituti e le problematiche sottese alla riforma in commento, meritevole di un vero e proprio trattato: più modestamente, e certo in misura insufficiente, esso si inserisce nella più ampia ed esaustiva attività di ricerca in materia della Consulta Giuridica Nazionale C.G.I.L. e si pone l'obiettivo di fornire al lettore un primo commento, in vista dei numerosi convegni dedicati che seguiranno su tutto il territorio nazionale.

grande industria (2). Ciò, si afferma (3), a ulteriore discapito delle posizioni dei creditori chirografari (4), ma anche di quelle dei lavoratori alle dipendenze dell'imprenditore fallito, benché garantite dal privilegio di primo grado.

Una prima constatazione di fondo. Se, senza timor di retorica, vi era una legge italiana in materia processual-commercialistica invidiata e presa sovente a riferimento all'estero era proprio quella del 1942 relativa alle procedure concorsuali: chiara, concisa, tecnicamente ineccepibile, con un articolato asciutto nel registro linguistico e coerente sotto quello sistematico. Certo era da svecchiare, soprattutto perché era stata tarata sulla figura dell'imprenditore individuale, all'epoca dominante sulla scena economica: sotto questo profilo, una importantissima opera ricostruttiva è stata compiuta dalla Corte Costituzionale e dalla giurisprudenza, sia di merito che di legittimità. Inoltre non era più condivisibile la filosofia rigoristico-punitiva, vi-

(2) Si veda il Ministro della giustizia, Roberto Castelli, nell'articolo di Morelli, *Riforma, entrata a regime graduale*, in *Italia Oggi*, 24 settembre 2005, p. 21, il quale afferma chiaramente: «È chiaro che ogni riforma vera sposta degli equilibri e ogni riforma fa delle scelte. In questo caso la scelta effettuata va verso il mondo della produzione, imprese e banche».

(3) Nel mese dell'ottobre 2005 si sono tenute le audizioni di rito delle varie associazioni di categoria interessate dal provvedimento: a un sostanziale «via libera con riserva» da parte di Confindustria e A.B.I., si sono affiancate le opinioni molto critiche del Consiglio Nazionale Dottori Commercialisti (C.N.D.C.) e Consiglio Nazionale Forense (C.N.F.), che bocciano senza mezzi termini le norme sul curatore, della Associazione Nazionale Magistrati (A.N.M.), molto critica sulla marginalizzazione del ruolo del giudice e, infine, dei sindacati, fortemente preoccupati dalla normativa sulla composizione del comitato dei creditori e da quella relativa ai concordati fallimentari e preventivi. Preso atto del mancato accoglimento delle proposte di modifica avanzate, commenti improntati alla profonda delusione sono stati espressi nei giorni seguenti la definitiva approvazione del decreto legislativo da C.N.D.C., C.N.F., A.N.M., C.G.I.L., C.I.S.L. e U.I.L., che hanno confermato le perplessità e i timori espressi nel mese di ottobre e novembre avanti il governo e le Camere.

(4) Si consideri che, secondo il comunicato stampa I.S.T.A.T. del giugno 2003, anche la appena riformata disciplina concorsuale italiana non brillava certo per efficacia nella tutela dei creditori chirografari, i quali, mediamente, dopo 7-8 anni di procedura fallimentare vedevano soddisfatti solo il 15-18 % delle proprie ragioni creditorie. Questo dato appare ancora più significativo se si tiene presente che, durante le more della procedura fallimentare, gli stessi creditori chirografari sovente entravano ed entrano in situazioni di carattere prefallimentare o di vera e propria insolvenza, principalmente a causa degli ammanchi nel flusso di cassa imputabili alle inadempienze del debitore fallito. Ciò, si sottolinea in questa sede, secondo gli schemi di «*default* a cascata» da tempo noti alla dottrina micro-economica moderna.

gente nell'allora Italia fascista e corporativa, che concepiva l'imprenditore fallito come una mala pianta da sradicare dal tessuto economico della nazione e il fallimento una sorte di giusta «morte civile», dalla quale il soggetto fallito, perduto completamente il proprio patrimonio personale e la piena capacità giuridica, doveva risorgere a costo di notevoli sacrifici, non ultima la completa soddisfazione dei debiti che residuavano alla procedura concorsuale stessa. Nell'economia post-industriale dominata dalle società di capitali, in effetti, si sono anche verificate nel chiuso delle sezioni fallimentari situazioni umanamente tanto drammatiche quanto contraddittorie, in forza delle quali cinici imprenditori, navigati professionisti del fallimento programmato delle proprie società a scatola cinese, si sono alternati a onesti imprenditori individuali, sovente *in bonis* ma non soddisfatti nei propri legittimi crediti (5).

Inoltre la disciplina concorsuale italiana andava adeguata alla disciplina comunitaria, in particolar modo agli orientamenti contenuti nella Comunicazione agli Stati membri n. 288/02 del 1999 (6) e alle norme del Regolamento n. 1346 del 29 maggio 2000, entrato in vigore il 31 maggio 2002. In effetti, in sede europea si è sempre molto insistito sulla necessità che gli Stati membri si dotino di una discipli-

(5) Senza indugiare più di tanto nella retorica del «buon imprenditore onesto e sfortunato», va tuttavia sottolineato che neppure al più cinico degli avvocati o commercialisti è sfuggita, in alcune situazioni limite purtroppo non rare, una certa vessatorietà della appena riformata disciplina, che non ha saputo prevenire spettacoli indecorosi di letterale «spolpamento» del patrimonio aziendale e personale dell'imprenditore individuale dichiarato fallito. Il verificarsi di questi spiacevoli episodi, come è noto, è stato possibile soprattutto grazie a collaudate regie creditorie nelle aste fallimentari, le quali, nonostante il disappunto del magistrato incaricato di turno, spesso e volentieri vanno regolarmente deserte nelle prime due sedute, al fine di ottenere un radicale abbattimento del valore d'asta dei beni all'incanto rispetto al valore reale. A dire il vero, il legislatore del 1942 si era posto il problema di non fare cadere indistintamente la scure del fallimento su ogni categoria «soggettiva» di imprenditore insolvente, elaborando «per i più meritevoli» l'istituto del concordato preventivo, il quale, secondo la Relazione del Guardasigilli al regio decreto, «deve offrire al debitore onesto e sfortunato, il mezzo per evitare l'inesorabile distruzione della sua impresa per sé stessa vitale, con danno alla pubblica economia».

(6) Nella Comunicazione del 1999, la Commissione ha ritenuto che una impresa possa essere considerata «in difficoltà» quando «non sia in grado, con le proprie risorse finanziarie ottenendo i fondi necessari dai proprietari e/o azionisti o dai creditori, di contenere le perdite che potrebbero condurla quasi certamente, senza un intervento esterno dei poteri pubblici, al collasso economico a breve o a medio termine».

na, il più uniforme possibile, che superi l'ottica prevalentemente liquidatoria dell'impresa insolvente e che si concentri primariamente sul salvataggio e la ristrutturazione dell'impresa stessa nonché sulla salvaguardia dei livelli occupazionali, anche mediante aiuti statali, ma nel rispetto dei principi della libera concorrenza all'interno del Mercato Unico *ex art. 87 del Trattato* (7). Si aggiunga, infine, che una moderna normativa in materia fallimentare non può prescindere del tutto dall'importante contributo promanante dall'esperienza statunitense, la quale ha elaborato una propria particolare legislazione federale di tipo concorsuale facente leva su una sostanziale privatizzazione della fattispecie fallimentare (in particolare il famoso *Chapter 11*) e che ha dato buone prove di salvataggio e ristrutturazioni di imprese in crisi.

In conclusione di questo primo paragrafo preliminare, da questa attesissima riforma ci si aspettava, in primo luogo, una semplificazione processuale e un adeguamento alla normativa comunitaria che privilegiasse al contempo l'enucleazione di una procedura anticipatoria e gestionale, anche di matrice privatistica sul modello americano, della crisi aziendale, rispetto al pur necessario svecchiamento della disciplina prettamente liquidatoria dell'impresa decotta (8). Conscio delle aspet-

(7) Sempre in riferimento alla Comunicazione del 1999, si insiste sull'opportunità che i singoli Stati membri sviluppino normative prevedenti anche aiuti statali all'impresa in difficoltà, i quali, però, devono avere un carattere necessariamente transitorio per non incorrere nella violazione dei principi *ex art. 87 del Trattato*. Sono stati enucleati, in particolare, aiuti al salvataggio, miranti al sostentamento dell'impresa in difficoltà durante il periodo strettamente necessario all'elaborazione di un piano di ristrutturazione (o liquidazione, nel caso di difficoltà tramutatasi in insolvenza cronica) e aiuti alla ristrutturazione, miranti alla trasformazione dell'impresa, entro «un ragionevole lasso di tempo», in una entità economica efficiente.

(8) Può forse aiutare il lettore a comprendere meglio l'analisi che segue nei prossimi paragrafi e le scelte adottate dal legislatore italiano, una contestualizzazione della riforma in commento. Se, in effetti, ragioni per una riforma da tempo erano ben presenti e pressanti, essa è venuta a maturare in un momento abbastanza critico per la nostra economia, la prima metà del 2005, presentante un P.I.L. negativo e una classe imprenditoriale decisamente in difficoltà. Polemiche a parte, cosa di meglio, per dare corpo a un urgente «pacchetto competitività» da buttare in pasto ai giornali e al mondo economico, di una riforma del diritto fallimentare, agognata da banche e industriali e, soprattutto, a costo zero per il bilancio dello Stato? In ciò in fondo – e questo è il punto – non vi sarebbe stato nulla di riprovevole, se non fosse stato che le parti sociali e i tecnici del diritto dal mese di aprile 2005 hanno dovuto ragionare e discutere su due testi paralleli di riforma, uno del Ministero della giustizia e l'altro del Ministero delle attività produttive, diversi e spesso inconciliabili tra loro. L'Autore della presente nota,

tative in atto, il legislatore ha annunciato una riforma volta a «semplificare la disciplina attraverso l'estensione dei soggetti esonerati [...], ampliare la competenza del comitato dei creditori [...], modificare la disciplina dei requisiti per la nomina del curatore [...], delle conseguenze personali del fallimento [...], degli effetti della revocazione [...], del fallimento sui rapporti giuridici pendenti [...], della continuazione temporanea di impresa [...], dell'accertamento del passivo [...], del concordato fallimentare e preventivo...» nonché «abrogare la disciplina del procedimento sommario e l'amministrazione controllata» (9). Purtroppo, come si avrà modo di constatare anche nel corso di questa succinta analisi, gran parte delle aspettative in atto sono state frustrate dal legislatore e, a parte le organizzazioni di rappresentanza degli istituti di credito e della grande industria, le associazioni di categoria del mondo del lavoro e dei liberi professionisti concordano nel manifestare complessivamente una profonda delusione (10).

che nel mese di aprile 2005 ha partecipato in qualità di tecnico C.G.I.L. alla riunione di palazzo Chigi sulla parte del pacchetto competitività relativa alla riforma della procedura concorsuale, può confermare non solo il fatto che le bozze dei due testi sono stati inviati via *telefax* alle organizzazioni di categoria in tempo non utile (a meno di due ore prima della riunione), ma, soprattutto, che i sottosegretari delle due differenti commissioni ministeriali si sono trovati nella situazione imbarazzante di non conoscere e, talvolta, di sconfessare, avanti alle Parti sociali, singole norme del testo di legge «concorrente». Ciò che ha più destabilizzato il processo di riforma, tuttavia, è stata la produzione continuativa, anche dopo la promulgazione della legge delega n. 80/2005, di una miriade di differenti versioni dei due paralleli testi di decreto legislativo; questo ginepraio di articolati non solo ha creato momenti anche di forte contrasto tra le due commissioni ministeriali, ma ha, di fatto, impedito ai tecnici del diritto di poter ragionare su una proposta realmente definita, fino alla promulgazione del decreto legislativo in commento nel mese di dicembre. Tutto ciò, probabilmente, non ha aiutato «l'immagine» di questa riforma, tanto attesa prima della sua promulgazione quanto criticata successivamente, a eccezione dell'A.B.I. e di Confindustria.

(9) Così, testualmente, l'art. 1, comma 6, della legge delega 14 maggio 2005, n. 80, in *GU*, n. 111, del 14 maggio 2005 – Supplemento ordinario n. 91.

(10) Si veda ad esempio il Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti, in *Osservazioni sullo schema di decreto legislativo recante la riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali*, p. 5, testo rinvenibile in www.cndc.it, ove si legge testualmente: *Su tutto l'impianto è generale la considerazione, emersa anche nelle prime occasioni pubbliche in cui il Gruppo di lavoro ha avuto modo di esporre i risultati parziali della sua attività (Venezia 25 giugno 2005, oltre che Como 18 novembre 2005), che la riforma non può esaurirsi nel solo intervento della imminente decretazione delegata. Proprio l'eliminazione frettolosa, e senza alcuna discussione con la dottrina e gli operatori, dei punti di dissenso emersi nel frattempo dai lavori delle Commissioni incaricate della redazione di testi ben più organici e l'avvio di una accentuata marginalizzazione dell'intervento giudi-*

2. — *Il primo binario della riforma. La disciplina di natura liquidatoria: la procedura fallimentare e il restringimento dell'area della fallibilità* —

Il primo aspetto che salta agli occhi del commentatore che si accinge a una analisi, seppur superficiale, del testo di riforma della legislazione concorsuale è la scelta del legislatore di aver lasciato pressoché inalterata la struttura complessiva del vecchio regio decreto: tutta la parte relativa alla procedura liquidatoria, infatti, continua a mantenere la sua posizione prioritaria sotto il profilo logico-temporale, investendo i primi 160 articoli, mentre la sezione disciplinante gli istituti di natura anticipatoria o preventiva continua a insistere nella porzione terminale del corpo normativo, solo precedendo il capitolo di natura penalistica, ancora da riformare. Se la considerazione appena enunciata può avere una importanza, in fondo, relativa, dato che il legislatore non è vincolato nella stesura delle leggi a particolari vincoli di mero ordine cronologico, ci si sarebbe potuto aspettare, tuttavia, che la dichiarata supremazia della sezione normativa di natura anticipatoria si sarebbe tradotta anche in una sistematizzazione logico-razionale che disciplinasse prima la procedura stragiudiziale per evitare il *default* dell'impresa in crisi e, solo nel caso di insuccesso di questa, nella definitiva liquidazione della impresa decotta. È probabile, quindi, che il legislatore abbia optato per non avventurarsi in una completa riscrittura della disciplina concorsuale per questioni di opportunità, ma abbia preferito «limitarsi» a integrare e/o modificare l'articolato del vecchio regio decreto, rischiando, tuttavia, come sempre accade nei casi in cui una nuova legge debba «indossare i vestiti» della vecchia, che vi siano singole norme non coordinate tra loro, magari per una semplice questione di disattenzione o di fretta.

Se, invece, si vuole ragionare «malignamente», si potrebbe anche pensare che il legislatore abbia voluto dichiarare solo a parole la primazia della sezione preventiva il fallimento di impresa, per «accontentare» i tecnici e i commentatori che richiedevano a gran voce tale ribaltamento di prospettiva processuale, ma che nella pratica la disciplina liquidatoria della impresa insolvente rivesta ancora una importanza di gran lunga superiore rispetto alla prima. Anticipando quanto verrà sottolineato nell'analisi del nuovo concordato preventivo, forse la verità si pone in una

ziario nel controllo della crisi d'impresa, esigono un chiarimento sui costi di sistema che tale percorso, destinato a stabilizzarsi per un tempo prevedibilmente non breve, non ha fornito. È anzi diffusa l'opinione, confermata dalla netta caratterizzazione della gerarchia di priorità introdotta, che la dettatura del percorso normativo abbia privilegiato gli interessi e le aspettative del ceto bancario e delle organizzazioni della grande impresa.

posizione mediana, vale dire che il legislatore, in effetti, ha immaginato un largo utilizzo in via preliminare del concordato preventivo e dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, ma che, in fondo – e la cosa sarebbe per vari aspetti deludente –, continui a considerare soprattutto la disciplina del nuovo concordato preventivo come una sorta di procedura liquidatoria abbreviata dell'impresa in decozione.

Avanzata questa premessa concernente gli equilibri generali del testo normativo in commento, il secondo aspetto che balza immediatamente agli occhi è il fatto che il decreto legislativo appena approvato determini una vera e propria rivoluzione nel panorama delle procedure concorsuali in merito alla nuova definizione dei soggetti sottoponibili alla procedura fallimentare: sono considerati tali, infatti, tutti gli imprenditori commerciali di qualunque veste giuridica, a eccezione degli enti pubblici, dei piccoli imprenditori e degli imprenditori agricoli. Tale disposizione risolve buona parte dei quesiti dottrinali e giurisprudenziali emersi negli ultimi anni, a cominciare dalla contestata esclusione dalla categoria dei soggetti fallibili delle imprese artigiane, le quali, dopo il periodo transitorio di sei mesi dalla promulgazione della riforma in commento, potranno essere sottoposte anch'esse alla procedura concorsuale: dunque, il carattere artigianale dell'attività esercitata non rappresenta più una discriminante ai fini dell'assoggettamento dell'impresa al fallimento. Questa esclusione, infatti, ha creato in passato non pochi problemi di natura «discriminatoria» nei confronti delle altre categorie imprenditoriali, in quanto realtà artigianali con fatturati di centinaia di migliaia di euro e decine di dipendenti hanno potuto contare su una «zona franca» dell'ordinamento giuridico talvolta imbarazzante rispetto alla condizione delle piccole società di persone o capitali, caratterizzate da un fatturato esiguo e da un numero più che modesto dei soci.

In questa sede, tuttavia, l'aspetto che maggiormente interessa è la nuova definizione legislativa di piccolo imprenditore che va a integrare – si badi bene – solo ai fini delle procedure fallimentari la definizione codicistica *ex art. 2083 cod. civ.* (11): ai sensi del novellato art. 1, infatti, «non sono piccoli imprenditori gli esercenti un'attività commerciale in

(11) In forza del disposto dell'art. 2083 cod. civ., la prevalenza del lavoro proprio e familiare costituisce il carattere distintivo di tutti i piccoli imprenditori, tra i quali vanno considerati *ex lege* i coltivatori diretti del fondo, gli artigiani e i piccoli commercianti. A seguito dell'introduzione del novellato art. 1 del r.d. n. 267/42, andranno espunti da tale categoria, ai fini delle procedure concorsuali, gli imprenditori artigiani.

forma individuale o collettiva che, alternativamente, a) hanno effettuato investimenti nell'azienda per un capitale di valore superiore a euro trecentomila; b) hanno realizzato, in qualunque modo risulti, ricavi lordi calcolati sulla media degli ultimi tre anni o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, per un ammontare complessivo annuo superiore a euro duecentomila» (12). Per essere escluso dalla procedura, l'impresa dovrà essere al di sotto di entrambi i parametri, in quanto il superamento di uno di essi la renderà soggetta al fallimento. Ciò che lascia perplessi è l'entità delle cifre monetarie prese dal legislatore a parametro della dimensione aziendale: un qualunque professionista del diritto o della contabilità potrebbe confermare che in forza di tale disposizione non rientreranno nella categoria dei soggetti fallibili non solo le micro e le piccole imprese ma anche quelle di una certa importanza patrimoniale, che si potrebbero definire medio-piccole, vale a dire, notoriamente, la maggioranza dei soggetti imprenditoriali del nostro paese. Deve essere, inoltre, sottolineato come la disposizione dell'art. 1 vada collegata a quella contenuta nell'ultimo comma dell'art. 15, ove si dispone che «non si fa luogo alla dichiarazione di fallimento se l'ammontare dei debiti scaduti e non pagati risultanti dagli atti dell'istruttoria prefallimentare è complessivamente inferiore a euro 25.000,00 (venticinquemila/00)». Anche in questo caso la comune esperienza dei tecnici che frequentano le aule delle sezioni fallimentari può confermare che si tratta di una soglia di

(12) Questo articolo va coordinato con il novellato art. 147 concernente le società, il cui testo recita:

«Art. 147 (Società con soci a responsabilità illimitata).

La sentenza che dichiara il fallimento di una società appartenente a uno dei tipi regolati nei Capi III, IV e VI del Titolo V del Libro V del codice civile, produce anche il fallimento dei soci, pur se non persone fisiche, illimitatamente responsabili. Il fallimento dei soci di cui al comma 1 non può essere dichiarato decorso un anno dallo scioglimento del rapporto sociale o dalla cessazione della responsabilità illimitata, anche in caso di trasformazione, fusione o scissione, se sono state osservate le formalità per rendere noti ai terzi i fatti indicati. La dichiarazione di fallimento è possibile solo se l'insolvenza della società attenga, in tutto o in parte, a debiti esistenti alla data della cessazione della responsabilità illimitata.

Il Tribunale, prima di dichiarare il fallimento dei soci illimitatamente responsabili, deve disporre la convocazione a norma dell'articolo 15.

Se dopo la dichiarazione di fallimento della società risulta l'esistenza di altri soci illimitatamente responsabili, il Tribunale, su istanza del curatore, di un creditore, di un socio fallito, dichiara il fallimento dei medesimi. Allo stesso modo si procede qualora dopo la dichiarazione di fallimento di un imprenditore individuale risulti che l'impresa è riferibile a una società di cui il fallito è socio illimitatamente responsabile.

Contro la sentenza del Tribunale è ammesso appello a norma dell'articolo 18.

sbarramento piuttosto alta, dato che a oggi usualmente viene richiesto il fallimento dell'imprenditore che ha accumulato debiti scaduti e non pagati, accertabili nello spazio di una seduta in camera di consiglio e non contestati dal debitore, per una somma inferiore ai ventimila euro. In conclusione il pericolo più che eventuale è che l'imprenditore di turno sistematicamente non fallisca perché in sede di istruttoria prefallimentare *ex art. 15* risulta troppo piccolo o non è comunque superata la soglia dei 25.000,00 euro.

Da un combinato disposto di tal genere, dunque, potrebbero promanare tre serie problematiche di difficile risoluzione. In primo luogo, un fortissimo incentivo per gli imprenditori ad affidarsi a sistemi elusivi e non trasparenti al fine di ottenere una redazione «non completa» dei bilanci, nel tentativo di rientrare a tutti i costi entro i parametri del novellato articolo in commento e, conseguentemente, dell'area della non fallibilità, magari «contenendo» alcune poste di bilancio di un certo peso sotto il profilo contabile, quale, a puro titolo di esempio, quella relativa al valore della merce stoccata in magazzino o al personale dipendente. Si potrebbe creare – in altri termini – una sorta di nuovo art. 18 dello Statuto dei lavoratori in chiave fallimentare, che potrebbe avere anche delle ripercussioni sotto il profilo dell'evasione fiscale: non vi è dubbio che una distinzione così manichea tra imprese soggette al fallimento o meno costituisca l'ennesima spinta – se si vuole non desiderata dal

In caso di rigetto della domanda, contro il decreto del Tribunale l'istante può proporre reclamo alla Corte d'Appello a norma dell'articolo 22».

In sostanza, come sottolineato anche dal C.N.D.C., in *Osservazioni, op. cit.*, p. 12, si dispone l'estensione del fallimento ai soci illimitatamente responsabili (anche se non persone fisiche) di S.n.c., S.a.s. e S.a.p.a., con esclusione pertanto del socio di S.r.l. unipersonale e dell'unico azionista; si introduce il limite annuale per la dichiarazione di fallimento del socio dallo scioglimento del rapporto sociale o dalla cessazione della responsabilità limitata; si correla la fallibilità del socio all'insolvenza della società e a una qualche forma di contributo causale alla stessa, prescrivendosi la ricorrenza – al momento del fallimento – di debiti comunque sussistenti alla data di perdita della qualità di responsabile illimitatamente; si disciplina l'estensione del fallimento ai soci in caso di trasformazione, fusione e scissione societaria, prevedendo l'inopponibilità di tali operazioni se non ne siano state osservate le formalità pubblicitarie verso i terzi; si ribadisce la disciplina del socio occulto estendendola anche alla società occulta. Tuttavia, nonostante i suggerimenti al riguardo da parte dei tecnici del diritto, nulla si precisa sul fallimento dei soci di società irregolare, del cd. socio tiranno o di chi, comunque e anche se formalmente a responsabilità limitata, abbia disposto anche indirettamente dei beni sociali come cosa propria (*maitre de l'affaire*), e nulla si dispone circa il coordinamento tra i fallimenti di due o più imprese appartenenti a un gruppo di imprese e alle conseguenze sulla *holding*.

legislatore, ma non per questa meno gravida di conseguenze negative – a livellare verso il basso gli *standard* dimensionali delle imprese; tutto ciò paradossalmente in un periodo in cui la normativa nazionale e comunitaria si spende in tutti i modi per incentivare le fusioni tra piccole e medie imprese, al fine di accrescere la competitività del complessivo sistema economico. In secondo luogo – e ciò sarebbe ben più grave – un eccessivo restringimento dell'area della fallibilità finirebbe per determinare, anche a carico dei prestatori di lavoro, una drastica limitazione nella effettiva tutela dei propri diritti, nella specie salariali e previdenziali, essendo la maggior parte di essi costretti a ricorrere alle più lunghe, defatiganti e costose singole azioni ordinarie di recupero dei crediti. Se l'esperienza confermasse i timori avanzati anche dalle organizzazioni sindacali, per i prestatori di lavoro, categoria di creditori a cui si guarda con particolare attenzione in questa sede, sarebbe, senza timor di retorica, una sciagura: il singolo lavoratore, infatti, non potendo o non volendo iniziare una «corsa a ostacoli» che potenzialmente potrebbe non avere fine, sarà costretto e/o indotto a ricorrere alla già accennata singola azione di recupero crediti, accompagnato da una inevitabile moltiplicazione dei costi e delle procedure nonché da un detrimento generale delle proprie garanzie di privilegio. Anche la azione processuale individuale comporta, infatti, per il singolo prestatore di lavoro una litania di procedure non indifferente, dalla fase dell'accertamento del credito vantato alla esecuzione vera e propria (ma sovente è necessaria anche quella di sequestro preventivo e/o d'urgenza *ex art. 700 cod. proc. civ.*). In altre parole, la generalizzata immunità fallimentare di cui verranno a godere le imprese escluse dal fallimento si potrebbe tradurre in una compressione discriminatoria dei diritti dei creditori in generale e dei lavoratori in particolare, nonché del principio della *par condicio creditorum*, in palese contrasto con l'art. 41 della Costituzione. Il restringimento dell'area della fallibilità darebbe luogo, inoltre, a una inaccettabile limitazione all'accesso al Fondo di garanzia, volto, come è noto, ad assicurare il pagamento del T.F.R. e di almeno una parte delle ultime tre mensilità. Anticipando in parte le considerazioni conclusive dell'ultimo paragrafo, questo fondo riveste una importanza cruciale per i prestatori di lavoro, dato che in moltissime occasioni di *default* di impresa si è dimostrato l'unica vera garanzia per recuperare quanto meno le proprie spettanze previdenziali, a fronte della perdita del proprio posto di lavoro. Se, invece dell'auspicato rafforzamento, si verificasse un indebolimento sostanziale di tale strumento determinato da una sua difficile accessibilità, si sot-

trarrebbe, tra l'altro, alle organizzazioni sindacali uno dei principali istituti sul quale far leva per rimediare alle possibili e, in alcuni casi, probabili discrasie che promaneranno da questa riforma.

Infine, *last but not least*, si potrebbe verificare un non auspicato aumento dei carichi pendenti nelle cancellerie dei Tribunali, in forza di una esponenziale progressione delle già accennate azioni individuali, da quelle di natura accertativa a quelle di natura più propriamente esecutiva.

3. — Segue: *gli organi della procedura liquidatoria e le loro funzioni*

— Una altra sezione di disciplina concorsuale decisamente rivoluzionata dalla riforma in commento è quella concernente il ruolo e le funzioni degli organi impegnati nella procedura liquidatoria. In una estrema sintesi si può affermare che il legislatore abbia optato di lasciare sostanzialmente immutate le competenze del Tribunale fallimentare, riducendo, tuttavia, in maniera significativa i poteri del giudice delegato; contestualmente di attribuire una maggiore flessibilità pratico-operativa al curatore fallimentare a fronte di una sua effettiva perdita di autonomia rispetto al comitato dei creditori, divenuto il vero organo centrale di tutta la procedura liquidatoria riformata.

Come appena anticipato, la figura del giudice delegato esce del tutto ridimensionata e, sotto alcuni profili, addirittura marginalizzata: ai sensi del novellato art. 25 (13), infatti, il magistrato perde il potere di direzione sostanziale della procedura fallimentare e viene relegato nella funzione di mera vigilanza e controllo sulla legittimità formale delle deci-

(13) «Articolo 25 – Poteri del giudice delegato –

Il giudice delegato esercita funzioni di vigilanza e di controllo sulla regolarità della procedura e:

1) riferisce al Tribunale su ogni affare per il quale è richiesto un provvedimento del collegio;

2) emette o provoca dalle competenti autorità i provvedimenti urgenti per la conservazione del patrimonio, a esclusione di quelli che incidono su diritti di terzi che rivendichino un proprio diritto incompatibile con l'acquisizione;

3) convoca il curatore e il comitato dei creditori nei casi prescritti dalla legge e ogni qual volta lo ravvisi opportuno per il corretto e sollecito svolgimento della procedura;

4) su proposta del curatore, liquida i compensi e dispone l'eventuale revoca dell'incarico conferito alle persone la cui opera è stata richiesta dal medesimo curatore nell'interesse del fallimento;

5) provvede, nel termine di quindici giorni, sui reclami proposti contro gli atti del curatore e del comitato dei creditori;

sioni di merito assunte dagli organi gestori, vale a dire il comitato dei creditori e, subordinato a quest'ultimo, dal curatore. È l'art. 2 della legge delega a imporre il deciso e drastico ridimensionamento delle facoltà e dei poteri del giudice delegato, introducendo, tra l'altro, un'inedita e più che opinabile distinzione all'interno delle procedure concorsuali tra controllo di merito (al quale il potere giurisdizionale deve rimanere sostanzialmente estraneo) e controllo di legittimità sulle operazioni condotte dagli altri organi. Più dettagliatamente, il nuovo giudice delegato si ritrova, se vi sono i requisiti di legge, nella posizione di (dover?) concedere una sorta di nulla-osta giurisdizionale che ricorda la concessione dell'*actio* di romana memoria (l'azione processuale), autorizzando il curatore a stare in giudizio e liquidando i compensi ai legali nominati dal curatore stesso e non più dall'autorità giudiziaria, venendo sancito, in tal modo, come un fatto fisiologico il principio della cooptazione tra professionisti (14). Il giudice delegato può revocare l'incarico ai legali e in generale agli ausiliari del curatore, ma solo su proposta di quest'ultimo, nonché convocare il curatore e il comitato dei creditori qualora ne ravvisi la opportunità. Per il resto, rispetto al modificato regio decreto, il giudice delegato è amputato di ogni altro potere: non può più decidere con riguardo alle rinunzie alle liti e alle transazioni e di ogni altro atto autorizzatorio *ex art.* 35, dovendone solo essere informato previamente se il valore supera i 50.000,00 euro; in merito alle transazioni non forma più lo stato passivo ma decide sulla proposta del curatore, nei limiti delle eccezioni da quest'ultimo sollevate; una volta approvato il piano di

6) autorizza per iscritto il curatore a stare in giudizio come attore o come convenuto. L'autorizzazione deve essere sempre data per atti determinati e per i giudizi deve essere rilasciata per ogni grado di essi. Su proposta del curatore, liquida i compensi e dispone l'eventuale revoca dell'incarico conferito agli avvocati nominati dal medesimo curatore;

7) su proposta del curatore, nomina gli arbitri, verificata la sussistenza dei requisiti previsti dalla legge;

8) procede all'accertamento dei crediti e dei diritti reali e personali vantati dai terzi, a norma del Capo V della presente legge. Il giudice delegato non può trattare i giudizi che abbia autorizzato, né può far parte del Collegio investito del reclamo proposto contro i suoi atti. I provvedimenti del giudice delegato sono dati con decreto motivato».

(14) È vero che nella prassi gli avvocati della curatela erano nominati dal Tribunale su «suggerimento» del curatore, ma talvolta la forma diviene sostanza. Non appare di alto profilo una riforma che prenda atto che nei Tribunali italiani i curatori fallimentari siano sempre gli stessi e così anche gli avvocati, secondo i collaudati schemi della cooptazione.

liquidazione rimane estraneo a tutti i singoli atti di liquidazione, essendo il potere di sospensione di cui all'art. 108 rimesso alla iniziativa del fallito o del comitato dei creditori o di interessati; infine, non conosce più delle cause di opposizione allo stato passivo, perdendo in tal modo la visione di insieme sulla reale entità della massa creditoria (15).

Questa visione «notarile» della figura del giudice delegato parte dall'assunto marcatamente ideologico, non condiviso in questa sede, che la lentezza delle procedure concorsuali derivi in primo luogo dalla natura giurisdizionale dalle stesse, quasi che il giudice delegato sia stato fino a oggi una sorta di soggetto rivestito di eccessiva importanza a fronte di una questione – il fallimento di una impresa insolvente – da risolversi sempre e comunque tra i soggetti privati coinvolti, perché, in fondo, ontologicamente privatistica. Spiace, in questa sede, assumere una posizione dai toni marcati, ma l'impostazione ideologica appena enunciata deve essere nettamente rifiutata e rispedita al mittente, in quanto pericolosa. Non appare il caso di dilungarsi più di tanto sui noti, scontati e dalla dottrina ampiamente sviscerati interessi pubblicistici e costituzionali che sottendono le procedure concorsuali e primariamente quella liquidatoria: in questa sede si desidera sottolineare soltanto il fatto che nel momento in cui la decozione di una impresa giunge alla procedura liquidatoria significa, prima di tutto, che sono risultati del tutto inutili le alternative di natura privatistica rappresentate dal concordato preventivo e dagli accordi di ristrutturazione dei debiti e che, dunque, spetta necessariamente al potere giurisdizionale intervenire in funzione surrogatoria là ove l'autonomia privata non riesce o non vuole pervenire a una ricomposizione delle controversie in atto. La marginalizzazione e il sostanziale indebolimento del giudice delegato, invece, significa un rovesciamento di prospettiva non comprensibile; una strumentalizzazione da parte dei creditori privati (verosimilmente quelli più forti e processualmente assistiti) di quella che dovrebbe rappresentare «l'ultima spiaggia»: vale a dire, appunto, la liquidazione in sede giurisdizionale, quasi che si

(15) Le commissioni alle Camere nel mese di novembre hanno aspramente criticato i principi e le disposizioni in merito al giudice delegato, e all'unanimità (compresi i tutti i componenti della maggioranza) hanno espresso la seguente nota: «il ridimensionamento del ruolo assegnato al giudice non può comportare l'affievolimento delle garanzie sostanziali, oltre che procedurali, che devono caratterizzare le decisioni assunte nell'ambito delle procedure e che, a tal fine, risulta indispensabile evitare confusione e sovrapposizione delle competenze dei diversi organi suscettibili di determinare un'attenuazione dei presidi a tutela degli interessi coinvolti, compresi quelli dell'erario».

cercasse una legittimazione pubblica (il sigillo del Tribunale) a una questione da risolversi, in ultima analisi, tra privati, senza che il potere giurisdizionale si «impicci» nel merito. Cosa altro pensare, a fronte del fatto che, ai sensi degli artt. 35, 96, 98, 104, 104-ter, gli stessi flussi informativi a favore del giudice delegato concernenti la formazione dello stato passivo e l'effettiva gestione del programma di liquidazione sono stati resi intermittenti se non evanescenti in forza dell'assunto che non deve essere ostacolata eccessivamente con vincoli «inutili» l'azione del curatore-*manager*, a sua volta però, come vedremo a breve, in balia degli equilibri interni al comitato dei creditori? Come non sollevare perplessità, se al G. D. viene negata la possibilità di farsi una idea complessiva sul reale e non solo dichiarato stato passivo che deve dichiarare esecutivo e sul complessivo andamento della procedura liquidatoria, dato che le informazioni essenziali sono «filtrate» dal curatore stesso, a sua volta – *repetita iuvant* – strettamente sorvegliato dal comitato dei creditori e dai singoli creditori stessi (16)?

Venendo alla disamina delle nuove funzioni del curatore, va subito sottolineato che coerentemente con la dichiarata privatizzazione del procedimento fallimentare tale organo è immaginato dal legislatore come una sorta di *manager* della procedura liquidatoria dalle funzioni notevolmente ampliate. In effetti, ai sensi dei riformati artt. 31-38, e 84-104-ter, poteri e competenze sono numerosi e pregnanti, ma quasi su tutti incombe il beneplacito del comitato dei creditori: tra le maggiori novità risalta il disposto dell'art. 31, che sancisce una netta rottura con il passato stabilendo che il curatore ha la amministrazione del patrimonio fallimentare sotto la vigilanza (e non più la direzione) del giudice delegato e del comitato dei creditori; il disposto dell'art. 33, per il quale il curatore ha l'obbligo di presentare, entro un mese dalla dichiarazione di fallimento, una relazione particolareggiata al giudice delegato sulle cause e circostanze del fallimento nonché indicare gli atti del fallito già impugnati dai creditori e quelli che intende impugnare egli stesso. Successivamente, solo ogni sei mesi, il curatore deve predisporre prospetto riepilogativo delle attività svolte: tale rapporto va pubblicato

(16) Per non parlare del fatto che, ai sensi degli artt. 36 e 37, il G. D. dovrebbe, in base a un flusso di informazioni sovente di «seconda mano» in quanto non più protagonista della azione processuale, decidere sui reclami avverso gli atti del curatore e del comitato dei creditori, modificare la composizione del comitato in ragione delle variazioni dello stato passivo e, addirittura, sostituire il curatore o componenti del comitato dei creditori.

presso il registro delle imprese e va trasmesso, unitamente alla copia degli estratti conto, al comitato dei creditori. Tuttavia, le norme di maggiore cesura rispetto agli equilibri della passata disciplina sono rappresentate dal nuovo art. 35, secondo il quale tutti gli atti transattivi, di rinuncia alle liti, gli atti ricognitivi e ogni altro atto di straordinaria amministrazione sono compiuti dal solo curatore con la autorizzazione del comitato dei creditori, che non ha più un potere solo consultivo, ma concorre alla perfezione dell'atto stesso (17). Il giudice delegato viene solo previamente informato dell'atto se esso supera il valore di euro 50.000,00 o nel caso di una transazione, salvo che si tratti di atti previsti nel programma di liquidazione approvato dal medesimo ai sensi dell'art. 104-ter. Inoltre, ai sensi del nuovo art. 37-bis, in sede di udienza di verifica dello stato passivo, i creditori che rappresentino la mera maggioranza semplice dei crediti (non dei creditori) «insinuati» (e non ancora definitivamente accertati) possono mutare la designazione dei componenti del comitato dei creditori e chiedere la sostituzione del curatore indicando, per giunta, un nuovo nominativo a proprio piacimento (18). Tale disposizione è stata estremamente criticata non solo dai rappresentanti delle associazioni di rappresentanza dei dottori com-

(17) Art. 31 (Modifiche all'articolo 35 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267)

1. L'articolo 35 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, è sostituito dal seguente: «35. Integrazione dei poteri del curatore. Le riduzioni di crediti, le transazioni, i compromessi, le rinunzie alle liti, le ricognizioni di diritti di terzi, la cancellazione di ipoteche, la restituzione di pegni, lo svincolo delle cauzioni, l'accettazione di eredità e donazioni e gli atti di straordinaria amministrazione sono effettuate dal curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori.

Se gli atti suddetti sono di valore superiore a cinquantamila euro e in ogni caso per le transazioni, il curatore ne informa previamente il giudice delegato.

Il limite di cui al comma 2 può essere adeguato con decreto del Ministro della giustizia».

(18) Art. 35 (Articolo 37-bis)

1. Dopo l'articolo 37 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, è inserito il seguente: «37-bis. Sostituzione del curatore e dei componenti del comitato dei creditori. In sede di adunanza per l'esame dello stato passivo, i creditori presenti, personalmente o per delega, che rappresentano la maggioranza dei crediti insinuati al passivo a norma dell'articolo 96, possono effettuare nuove designazioni in ordine ai componenti del comitato dei creditori nel rispetto dei criteri di cui all'articolo 40, nonché chiedere la sostituzione del curatore indicando al giudice delegato le ragioni della richiesta e un nuovo nominativo, nel rispetto dei criteri di cui all'articolo 28.

Dal computo dei crediti, su istanza di uno o più creditori, sono esclusi con decreto del giudice delegato quelli che si trovino in conflitto di interessi.

In caso di sostituzione del curatore, si applica l'articolo 27».

mercialisti (19), ma anche da tutti i tecnici del diritto che hanno a cuore l'autonomia del curatore e che considerano l'indipendenza di tale organo come la maggiore garanzia per una equa e corretta procedura fallimentare secondo il principio cardine della *par condicio creditorum*. Non si riesce, in effetti, a immaginare, anche volendo leggere la norma con un oggettivo distacco che rasenti l'ingenuità, l'utilità di una disposizione che pone il curatore nella condizione di sottostare alla «spada di Damocle» della possibile rimozione per tutta la durata della procedura liquidatoria; né la relazione illustrativa, nella sua laconicità, riesce a fornire una vera giustificazione, ma si limita a cercare di «stemperare gli animi» verso una norma che ha sollevato un vespaio di polemiche menzionando il fatto che la richiesta della sostituzione deve essere adeguatamente motivata e che è in ultima istanza il Tribunale a decidere su tale richiesta. Forse, alla luce delle maggiori prerogative e poteri assunti dal comitato dei creditori, il legislatore ha voluto evitare con tale disposizione che eventuali insanabili divergenze di opinione in merito alla gestione della procedura tra curatore e comitato dei creditori finissero per bloccare o rallentare eccessivamente l'intero procedimento, ma la previsione del *quorum* a mag-

(19) Si veda, per tutte, Consiglio Nazionale Dottori Commercialisti, *Comunicato Stampa del 28 dicembre 2005*, ove in relazione alla sostituzione del curatore *ex art. 37-bis* si legge testualmente che «il C.N.D.C. ha da tempo evidenziato l'opportunità che in sede di definitiva approvazione dello schema si prevedesse che questa provenisse da tanti creditori che rappresentassero almeno una maggioranza qualificata dei crediti, al fine sia di tutelare maggiormente il curatore che opera con professionalità e diligenza, sia di non esporre lo stesso alle pressioni dei creditori più rappresentativi. Le ultime modifiche apportate al testo, invece, non recepiscono questa necessità dal momento che per la sostituzione del curatore è sufficiente la maggioranza semplice dei crediti «allo stato ammessi», vale a dire dei crediti provvisoriamente inseriti nel progetto di stato passivo predisposto dal curatore ai sensi del novellato art. 95, legge fallimentare, ma non ancora dichiarato esecutivo dal giudice. Viene poi inoltre ricordato che v'è da dire che al Tribunale spetta un compito di ratifica che sembra comprimere i poteri di controllo e indubbiamente attenuare il necessario presupposto di fiducia, almeno rispetto al curatore-pubblico ufficiale: la nomina del nuovo curatore e dei nuovi membri del comitato dei creditori appare doverosa, potendo essere evitata solo se non ricorrono le condizioni di cui all'art. 28, dunque con riguardo ai requisiti necessari per la carica. Per il Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti, pertanto, per la parte qui esposta la riforma appare ancora deludente, in quanto non affronta il nodo della compatibilità di una delicata funzione pubblica con l'opportunità che i soggetti siano distanti da ogni situazione di strutturale conflitto di interesse. Ma l'attuazione della delega si palesa anche inefficiente poiché, ispirata solamente agli interessi di alcune categorie, mostra la corda ove espone anche tali nomine a un potenziale contenzioso che attenua la legittimazione a operare in veste di pubblico ufficiale e soggetto imparziale quale soprattutto il curatore deve continuare a essere, curando interessi altrui».

gioranza semplice dei crediti insinuati appare fuori misura e senza reali controbilanciamenti. Grave sarebbe, in effetti, se il comitato dei creditori presentasse richiesta di sostituzione del curatore, ad esempio a seguito del reclamo di questo ultimo avverso una deliberazione del comitato stesso (20), sul quale, ai sensi dell'innovato art. 36, decide in prima istanza il giudice delegato e in sede di gravame il Collegio.

Il fatto, poi, che lo stesso comitato dei creditori possa indicare nella richiesta di sostituzione un professionista a lui gradito costituisce una caduta di stile a danno dei creditori non ancora insinuati e, in generale, di tutti quelli non «forti» che stride anche in una legislatura che ha conosciuto non poche sbavature sotto il profilo del conflitto di interessi. In ultima analisi sul punto, rimane tutto da dimostrare il fatto che la nuova figura del curatore, priva del supporto direttivo del giudice delegato e vincolata nella maggior parte degli atti al consenso del comitato dei creditori, possa garantire una gestione imparziale della liquidazione nonché agevolare la auspicata snellezza delle procedure nel rispetto della necessaria trasparenza richiesta internazionalmente a una procedura giurisdizionale di tipo fallimentare (21).

Concreto è, dunque, il pericolo che in tale contesto normativo l'organo della curatela fallimentare diventi una figura professionale nei fatti di scarso rilievo e di bassa levatura, ricoperta da soggetti di non eccellente preparazione e solidità professionale. Non depone a favore della riforma, nel senso della imparzialità e trasparenza decisionale di tale or-

(20) Sul reclamo del curatore fallimentare avverso le deliberazioni del comitato decide, ai sensi dell'art. 36, in prima istanza il giudice delegato e, in sede di gravame, il Collegio.

(21) Si veda, in tal senso, il C.N.D.C., in *Osservazioni, op. cit.*, p. 36, secondo il quale «i poteri attribuiti al comitato, non controbilanciati da un potere del giudice delegato, rischiano di condizionare in maniera eccessiva il curatore fino a comprometterne la imparzialità e la autonomia, essenziali a garantire la trasparenza della procedura; gli stessi poteri sono idonei potenzialmente a creare situazioni di *impasse* tali da vanificare ogni intento di maggior efficienza del fallimento. Quanto alla previsione di cui all'art. 37-bis, atteso il notevole potere attribuito al comitato dei creditori, appare evidente il rischio altissimo di compromissione della imparzialità e trasparenza della gestione del fallimento, che rimane, sia pure in tale ottica di privatizzazione, un procedimento giurisdizionale: in ultima analisi la vera *governance* della procedura è affidata ai soggetti che rappresentano i crediti maggiormente insinuati (e non la maggioranza dei creditori), agevolmente individuabili negli istituti bancari. Si può dire che, sia pur in modo più evidente solo con il progetto di d.lgs., un obiettivo di trasparenza, ora immanente sia alla funzione di pubblico ufficiale tuttora rivestita dal curatore, sia al suo dedursi all'interno di un processo, è sacrificato sull'altare, almeno apparente, della privilegiata ottica della gestione efficiente. Il che

gano, sia la previsione normativa *ex art. 29* che dispone la indicazione del nome della persona fisica del responsabile della procedura – anche nel caso di nomina di studio associato o società – solo nell’atto di accettazione del curatore stesso, sia la norma *ex art. 28, lett. c*, che contempla tra i candidati a svolgere le funzioni di curatore anche non ben precisate figure che hanno svolto «funzioni di amministrazione, direzione e controllo in società per azioni, dando prova di adeguate capacità imprenditoriali» (22).

Veniamo, infine, all’organo divenuto centrale nella procedura liquidatoria riformata, vale a dire il comitato dei creditori: è nominato dal giudice entro 30 giorni dalla sentenza di fallimento, sulla scorta delle indicazioni del curatore e delle disponibilità fornite dagli stessi creditori unitamente alla istanza di ammissione al passivo (23). I suoi rappresentanti sono in numero di tre o di cinque e debbono soddisfare requisiti di rappresentatività delle varie categorie di crediti e delle rispettive pos-

non impedisce di ravvisare un fattore anticompetitivo nei potenziali conflitti di interessi con cui saranno aggrediti gli atti del nuovo comitato dei creditori».

(22) Anche da questi particolari si può evincere quando una riforma viene condizionata pesantemente dalle pressioni di soggetti economici influenti, quali gli istituti di credito: sarà dunque possibile «suggerire» al giudice delegato illustri sconosciuti non iscritti ad albi professionali e non sottoposti a codici deontologici codificati, magari provenienti da «liste» create *ad hoc* dal mondo creditizio stesso, il cui unico merito sarà stato quello di aver ricoperto, per un determinato periodo della propria vita professionale, un incarico di dirigenza in una qualsivoglia S.p.a.

(23) «Art. 38 (Modifiche all’articolo 40 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267)

40. Nomina del comitato. Il comitato dei creditori è nominato dal giudice delegato entro trenta giorni dalla sentenza di fallimento sulla base delle risultanze documentali, sentiti il curatore e i creditori che, con la domanda di ammissione al passivo o precedentemente, hanno dato la disponibilità ad assumere l’incarico ovvero hanno segnalato altri nominativi. Salvo quanto previsto dall’articolo 37-*bis*, la composizione del comitato può essere modificata dal giudice delegato in relazione alle variazioni dello stato passivo o per altro giustificato motivo.

Il comitato è composto di tre o cinque membri scelti tra i creditori, in modo da rappresentare in misura equilibrata quantità e qualità dei crediti e avuto riguardo alla possibilità di soddisfacimento dei crediti stessi.

Il comitato, entro dieci giorni dalla nomina, provvede, su convocazione del curatore, a nominare a maggioranza il proprio presidente.

La sostituzione dei membri del comitato avviene secondo le modalità stabilite nel comma 2.

Il componente del comitato che si trova in conflitto di interessi si astiene dalla votazione.

Ciascun componente del comitato dei creditori può delegare in tutto o in parte l’espletamento delle proprie funzioni a uno dei soggetti aventi i requisiti indicati nell’articolo 28, previa comunicazione al giudice delegato».

sibilità di soddisfacimento, andando a imprimere alla struttura del comitato una vera e propria divisione in classi. Il giudice può sempre modificare la composizione del comitato in seguito alle variazioni dello stato passivo o per altro giustificato motivo. Ciascun componente può delegare l'esercizio delle proprie funzioni a un soggetto avente i requisiti indicati nell'art. 28, cioè i requisiti per essere nominato curatore, previa comunicazione al giudice. Il comitato ha sostanzialmente assunto la prerogativa principale persa contestualmente dal giudice delegato, vale a dire la direzione sostanziale della procedura liquidatoria e il controllo di merito delle operazioni del curatore: ai sensi del riformato art. 41, infatti, il comitato «vigila sull'operato del curatore, ne autorizza gli atti ed esprime pareri nei casi previsti dalla legge...». Il comitato delibera collegialmente, a seguito di convocazione da parte del presidente, che viene eletto dai membri entro dieci giorni dalla loro nomina. Il membro del comitato in conflitto di interessi deve astenersi dal voto.

A parte le già menzionate disposizioni *ex* art. 37-*bis*, sono sostanzialmente tre le norme concernenti la disciplina del comitato dei creditori che possono suscitare perplessità e critiche: in primo luogo, l'art. 41, comma 3, che richiede la maggioranza dei votanti e non degli ammessi al voto per l'approvazione delle deliberazioni, saltando

Art. 39 (Modifiche all'articolo 41 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267)

1. L'articolo 41 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, è sostituito dal seguente: «41. Funzioni del comitato. Il comitato dei creditori vigila sull'operato del curatore, ne autorizza gli atti ed esprime pareri nei casi previsti dalla legge, ovvero su richiesta del Tribunale o del giudice delegato, succintamente motivando le proprie deliberazioni.

Il presidente convoca il comitato per le deliberazioni di competenza o quando sia richiesto da un terzo dei suoi componenti.

Le deliberazioni del comitato sono prese a maggioranza dei votanti, nel termine massimo di quindici giorni successivi a quello in cui la richiesta è pervenuta al presidente. Il voto può essere espresso in riunioni collegiali ovvero per mezzo *telefax* o con altro mezzo elettronico o telematico, purché sia possibile conservare la prova della manifestazione di voto.

In caso di inerzia, di impossibilità di funzionamento del comitato o di urgenza, provvede il giudice delegato.

Il comitato e ogni componente possono ispezionare in qualunque tempo le scritture contabili e i documenti della procedura e hanno diritto di chiedere notizie e chiarimenti al curatore e al fallito.

I componenti del comitato hanno diritto al rimborso delle spese.

Ai componenti del comitato dei creditori si applica, in quanto compatibile, l'articolo 2407 del codice civile.

L'azione di responsabilità può essere proposta anche durante lo svolgimento della procedura».

così, a piè pari, il requisito del *quorum* costitutivo. Inoltre, l'art. 41, comma 6, con il quale si stabilisce che i membri del comitato hanno diritto al mero rimborso delle spese vive per tutta la durata della procedura, senza che venga previsto in via generale il diritto a un compenso per l'attività prestata: scelta più che opinabile, se si considera la acquisita centralità del comitato dei creditori e il fatto che i componenti devono, ai sensi dell'art. 28, essere dei liberi professionisti rappresentanti le varie classi di creditori (24). Da tale disposizione, in effetti, possono promanare una serie di conseguenze negative non di poco conto: nelle procedure fallimentari caratterizzate da un consistente attivo, infatti, i posti del comitato saranno occupati principalmente dai creditori forti sotto il profilo finanziario, *in primis* gli istituti di credito e le grandi imprese, gli unici a potersi permettere di anticipare gli onorari di competenti professionisti per anni, fino al termine della procedura liquidatoria; nelle procedure «povere», le cd. «scatole vuote», o comunque in quelle dove le prospettive di soddisfacimento delle proprie ragioni sono poco lusinghiere, il vero rischio è che nessun singolo creditore voglia partecipare alle spese della rappresentanza legale o contabile qualificata sostenute dalla propria classe di appartenenza, con non pochi problemi in ordine al funzionamento stesso dell'organo in questione (25).

Infine, anche la previsione dell'ultimo comma dell'art. 41 non appare delle più felici, in forza della quale viene parificata la responsabilità dei singoli componenti del comitato dei creditori con quella dei sindaci delle S.p.a. Una responsabilità piuttosto gravosa, giustificata, nel caso dei

(24) Appare, in tal senso, poco più che un pannicello caldo la disposizione *ex art. 37-bis* prevedente l'eventualità che i creditori allo stato ammessi in sede di adunanza possono, a maggioranza semplice calcolata per teste, stabilire che ai componenti del comitato dei creditori sia attribuito, oltre al rimborso delle spese, un compenso per la loro attività, in misura non superiore al dieci per cento di quello liquidato a fine procedura al curatore.

(25) In tal senso, si veda C.N.D.C., *Osservazioni, op. ult. cit.*, p. 43, ove si afferma testualmente che «Le norme dedicate espressamente all'organo in commento sono solamente gli artt. 40 e 41, ma in realtà gran parte delle disposizioni riformate in progetto contengono indicazioni di competenze e poteri di intervento, da quelle dedicate all'operato del curatore a quelle dettate in tema di liquidazione dell'attivo, tali da consentire di affermare che verosimilmente il comitato sia divenuto, nella nuova procedura, l'organo dai poteri decisivi e determinanti, e dunque in concreto condizionanti l'andamento e gli esiti del fallimento. La serie di pareri e di autorizzazioni richiestigli è di tale consistenza per numero e contenuto che rivestire il ruolo di componente del comitato, specialmente in procedure complesse, comporterà un notevole dispendio di

sindaci, dalla fondamentale funzione di controllo sull'operato del C.d.a. di una società per azioni, ma che per la funzione di autorizzazione del comitato dei creditori appare un poco eccessiva. In altri termini, quello che si profila per i componenti del comitato dei creditori è un impegno non di poco conto data la mole di competenze assegnate al comitato, non pagato o sottopagato (pressoché volontaristico, se non si rappresenta un creditore finanziariamente forte) e per giunta gravato di rilevanti responsabilità professionali (26). Come dire: nelle procedure di scarso rilievo economico il rischio è che il comitato non si crei neppure o viva nell'inerzia totale (27), mentre nelle liquidazioni economicamente importanti gli unici che potranno anticipare per anni le spese dei propri rappresentanti nei lavori del comitato dei creditori saranno, principalmente, gli istituti di credito e le grandi imprese.

4. — *Segue: nuove dinamiche processuali, concentrazione dei poteri decisionali e sacrifici in termini di tutela* — Alla luce delle considerazioni del precedente paragrafo, si può avanzare una ricostruzione complessiva delle future dinamiche processuali caratterizzanti la nuo-

mezzi ed energie e presupporrà un patrimonio di conoscenze giuridiche e contabili certamente non proprio di ogni creditore. Il ruolo di componente del comitato appare quindi non marginale e per contro assai impegnativo, anche dal punto di vista economico: non astratto sarà allora il rischio che esso si presti a essere rivestito solo da creditori che dispongano dei mezzi necessari ad assumerlo. A conferma si dà che quasi sempre la delibera del comitato è necessaria e vincolante e sovente è l'unico atto autorizzativo necessario all'impulso del curatore, non essendo previsto alcun intervento del giudice. Evidente dunque il rischio che procedure delicate e complesse vengano sottratte alla direzione del giudice, unico soggetto, per formazione e professionalità, idoneo a garantire la autonomia e indipendenza necessarie a rafforzare l'operato del curatore».

(26) I componenti del comitato rispondono della loro attività *ex art.* 2407 cod. civ., sulla scorta di uno statuto assimilato a quello dei sindaci. Il comitato e i suoi membri hanno in ogni momento il potere di ispezionare gli atti della procedura e le scritture contabili. I poteri del comitato sono assai diffusi e diversificati: richiesta di revoca del curatore, autorizzazione all'azione di responsabilità contro il curatore sostituito, vidimazione del libro giornale, ispezione dei libri contabili e del fascicolo, autorizzazione al piano di liquidazione contenente anche la decisione circa la promozione di azioni revocatorie, restitutorie e risarcitorie, autorizzazione alle transazioni e a ogni altro atto di straordinaria amministrazione ivi compresa la rinuncia alla acquisizione di beni all'attivo fallimentare (art. 42). All'art. 37-*bis* è prevista la possibilità, in sede di verifica dello stato passivo, per i creditori che rappresentano la maggioranza dei crediti insinuati, di designare nuovi componenti del comitato dei creditori.

(27) In questo caso, non affatto remoto, il legislatore ha previsto che «in caso di inerzia, di impossibilità di funzionamento del comitato o di urgenza, provvede il giudice delegato».

va liquidazione fallimentare, concepita come una sorta di «corsa a ostacoli», certamente defaticante e, forse, non sempre affrontabile da tutte le classi di creditori nella interezza delle sue fasi.

In primo luogo, dovranno essere rispettati gli angusti confini della nuova *failure zone*, piccola finestra nel grande edificio della crisi di impresa: l'istruttoria prefallimentare verosimilmente subirà una dilatazione temporale considerevole, dato che in camera di consiglio si consumeranno lunghi dibattimenti tra le Parti sulla base di costose e complesse perizie contabili volte ad accertare o meno il superamento, in base agli atti prodotti in quella sede, della soglia deflattiva dei 25.000,00 euro, nonché la natura di «non piccola impresa commerciale» dell'impresa convenuta. In merito a questo ultimo aspetto, il più arduo sotto il profilo probatorio, le perizie verteranno, naturalmente, sui rilievi contabili relativi agli investimenti nell'azienda e/o sui ricavi lordi calcolati sulla media degli ultimi tre anni e, probabilmente, verranno prese in considerazione, ai fini dell'assoggettamento procedurale, le imprese che alla data della sentenza di fallimento abbiano un attivo di bilancio (al netto dei fondi di ammortamento?) superiore ai trecentomila euro: ai fini di detta valutazione le imprese dovranno, quindi, redigere un rendiconto straordinario a tale data, ma potrebbero sorgere problemi di difficile soluzione nel caso delle imprese individuali, non soggette per legge al rendiconto annuale. Anche nel caso di imprese palesemente non troppo piccole, i singoli creditori saranno tentennanti a iniziare una costosa azione parzialmente al buio (dato che la contabilità di una impresa non è sempre facilmente reperibile in ogni dove) e, in ultima analisi, sempre accompagnati dal dubbio che sia meno gravida di incognite una ordinaria azione individuale di recupero del credito.

In secondo luogo, ammesso e non concesso che l'impresa insolvente in questione sia giuridicamente fallibile, anche a seguito del ricorso *ex art.* 18 di impugnazione della sentenza di fallimento, si dovrà definire progressivamente la massa creditoria, la quale confluirà nel comitato dei creditori suddiviso in classi per «natura del credito». Appare chiaro, al proposito, il richiamato modello comparatistico della legge federale statunitense sul fallimento del 1978, che suddivide in categorie i cd. *stakeholders* (vale dire tutti i «possessori di un interesse patrimoniale» vantato verso l'impresa insolvente): mi si conceda una punta di ironia, ma la versione italiana del comitato dei creditori ricorda una sorte di struttura «neofeudale», ove accanto alla

classe dei «nobili», gli istituti di credito, vi sarà il «ceto mercantile», i grandi fornitori, e la «plebe», vale a dire i fornitori chirografari e i prestatori di lavoro. I lavoratori continueranno sì a essere muniti di privilegio per i loro crediti salariali e previdenziali, ma, con tutta probabilità, non dei fondi necessari per sostenere una procedura liquidatoria divenuta, come visto, decisamente più onerosa, a cominciare proprio dalla rappresentanza tecnicamente qualificata, fondamentale all'interno di un comitato dei creditori nel quale le deliberazioni saranno prese con la «maggioranza dei votanti».

Il curatore-*manager* procederà, infine, alla fase delle azioni revocatorie degli atti pregiudiziali (28) nonché alla formulazione del programma di liquidazione e alla effettiva esecuzione di questo ultimo mediante le vendite all'incanto, accompagnata dalla finale ripartizione dell'attivo. Un curatore dagli ampi poteri operativi, certo, ma costantemente subordinato alle decisioni (comprese quelle relative alla sua stessa revoca) e alle autorizzazioni del comitato dei creditori e non più del giudice delegato, deprivato, come detto, di ogni giudizio di merito (29).

In merito alla procedura liquidatoria, si può concludere affermando che in nome della privatizzazione del procedimento, eletto a para-

(28) In verità, anche lo strumento della revocatoria fallimentare si presenta un po' spuntato, dato il dimezzamento dei tempi di decadenza, in forza del decreto legge n. 35 del 14 marzo 2005, in *GU*, n. 62, del 16 marzo 2005.

(29) Si veda, in tal senso, il C.N.D.C., in *Osservazioni, op. ult. cit.*, pp. 42, il quale sottolinea che «Alto appare il rischio di superficialità delle decisioni del curatore fallimentare, atteso che esse per lo più coinvolgono problemi di natura strettamente giuridica e non solo di convenienza economica, per la cui soluzione non potrà certamente invocarsi l'ausilio del giudice, e che verosimilmente necessiteranno la nomina di ausiliari, con conseguente aggravio delle spese e negazione dello scopo di efficienza della procedura. Il forte condizionamento da parte del comitato dei creditori – rappresentante di quel ceto normalmente destinatario delle transazioni e degli atti in commento – è in grado poi di compromettere seriamente la trasparenza della procedura, principio più volte invocato quale ispiratore della riforma. La possibilità per i creditori di sfiduciare il curatore, così come quella – meno pregnante ma non priva di potere persuasivo – di promuovere azione di responsabilità verso il curatore revocato senza alcuna necessità dell'autorizzazione del giudice delegato, sono manifestazione significativa della impossibilità per il curatore di attuare una gestione autonoma, la quale invece presuppone, sotto ogni aspetto rilevante, il consenso del comitato. La normativa, del tutto incoerente con il dichiarato scopo di accelerazione della procedura, consente di affermare che il curatore potrà rimanere in carica solo se si conforma alla volontà del comitato dei creditori, privando il proprio ruolo della necessaria autonomia d'iniziativa e indipendenza, con conseguente ben possibile grave compromissione anche del va-

digma di tutta la riforma, l'impresa in crisi deve essere gestita dai soggetti interessati e non da un soggetto la cui formazione è sostanzialmente estranea alla gestione imprenditoriale, quale è visto il giudice delegato. Si può, tuttavia, sostenere che proprio in nome di quei principi di liberalizzazione e privatizzazione è stato enucleato e promulgato un meccanismo di gestione, basato sul contraddittorio tra curatore e comitato dei creditori e sul potere di veto conferito sovente a quest'ultimo, che rischia di creare notevoli e frequenti momenti di stallo della procedura nonché occasioni di contenzioso aspro: circostanze certamente non coerenti rispetto agli scopi – dichiarati – di accelerazione e snellimento del fallimento e di maggiore tutela dei creditori, anche di quelli tradizionalmente deboli. Si aggiunga a ciò che la scelta del legislatore di non abrogare l'istituto del concordato fallimentare, proponibile dall'imprenditore fallito durante la procedura liquidatoria, appare piuttosto incomprensibile, dato il tentativo di rilancio dell'istituto del concordato preventivo operato dalla riforma e soprattutto l'uso del tutto distorto che ne è stato fatto durante gli ultimi decenni, volutamente strumentalizzato, anche temerariamente, a fini meramente dilatori (30).

5. — *Il secondo binario della riforma. La disciplina del nuovo concordato preventivo* — Come anticipato nel primo paragrafo, una delle richieste che venivano rivolte con più insistenza dagli operatori del diritto al legislatore della riforma era un ribaltamento di prospettiva dell'intera fattispecie fallimentare, vale a dire privilegiare sotto il profilo logico e cronologico gli strumenti concorsuali anticipatori l'insolvenza dell'impresa e la sua inevitabile liquidazione. A tale aspettativa il legislatore ha risposto con la riforma della disciplina del concordato preventivo e con l'enucleazione di un nuovo istituto, gli accordi di ristrutturazione dei debiti, disciplinato dall'art. 182-*bis*.

lore della trasparenza. Per contro solo una normativa che garantisca la autonomia decisionale di ogni organo, bilanciato nell'ambito di una primazia della giurisdizione, garantisce il corretto funzionamento del contraddittorio fra i vari poteri, che si deduce non sul terreno dell'autonomia privata pura ma in un luogo deputato a dirimere conflitti e a esplicitare decisioni valevoli anche per soggetti dissenzienti, com'è il processo. Ciò sembrerebbe meglio aiutare la costruzione di una maggiore imparzialità delle decisioni finali della procedura».

(30) Si ricorda in tal senso che il giudice delegato, e ora il curatore, è tenuto per legge a prendere in considerazione la proposta di concordato fallimentare presentata dall'imprenditore fallito.

Prima di procedere a una breve analisi dei due istituti, concentrata in particolar modo sulla procedura di approvazione del concordato *ex art.* 177, appare opportuno aprire una finestra di natura comparatistica, al fine di avere maggiore consapevolezza del modello normativo preso a riferimento dal legislatore della riforma, vale dire il Regolamento Federale dell'insolvenza degli Stati Uniti d'America. Considerato che gli altissimi costi della eventuale procedura processuale avanti al giudice sarebbero sostenuti esclusivamente dai creditori, la normativa federale statunitense ha concepito, accanto alla tradizionale e onerosa procedura liquidatoria (*Chapter 7*), una procedura di *reorganisation* estranea dal ricorso giurisdizionale (*Chapter 11*), mirante sostanzialmente a risanare l'impresa in difficoltà mediante un accordo di pianificazione aziendale tra l'imprenditore e tutte le classi di creditori. L'accordo in questione, non è finalizzato alla liquidazione, ma – qui sta il valore aggiunto della normativa federale – alla ristrutturazione e al rilancio dell'impresa in difficoltà, quale unica vera garanzia di tutti i creditori per la piena soddisfazione delle proprie spettanze (31). Bisogna precisare, in primo luogo, che il *Chapter 11* è uno strumento del tutto estraneo al contenzioso giurisdizionale, in quanto si estrinseca in un accordo tra privati, imprenditore in difficoltà e tutti i creditori, di pianificazione aziendale che si punta al rilancio dell'azienda, ma necessariamente si conclude con la sostituzione nell'assetto proprietario dell'imprenditore a favore dei creditori stessi. In altri termini, si parte dal concetto che la migliore garanzia per il soddisfacimento integrale di tutti i creditori, anche chirografari, è, ove possibile, il risanamento dell'impresa. I creditori vengono organizzati in una sorta di comitato, suddiviso al proprio interno in classi differenti per interessi (*similar claims*), ma non sulla base di privilegi generali, che negli U.S.A.

(31) Alcune precisazioni vanno, tuttavia, avanzate, per non cascare nella trappola di mitizzare, come è accaduto ad alcuni commentatori europei, la normativa federale statunitense in materia. In primo luogo, come anticipato, il legislatore statunitense è stato in parte costretto a enucleare, accanto alla tradizionale procedura liquidatoria avanti al giudice (*Chapter 7*), una procedura di natura privatistica (*Chapter 11*), a causa dei costi elevatissimi dei ricorsi giurisdizionali (le parcelle degli avvocati statunitensi in materia commerciale sono invidiatissime dai colleghi europei...). Inoltre, l'accordo tra le Parti deve necessariamente prevedere che al termine del processo di riorganizzazione la proprietà della azienda risanata passi nelle mani dei creditori, e ciò toglie parte del fascino alla normativa statunitense, almeno agli occhi di molti imprenditori nostrani. Infine, per quanto il *Chapter 11* abbia prodotto dei risultati encomiabili dal 1978 a oggi, permettendo il rilancio di migliaia di aziende, il ricorso al *Chapter 7* (liquidazione dell'impresa insolvente) rimane purtroppo quello di gran lunga più utilizzato.

non esistono, e nelle more dell'accordo l'imprenditore mantiene il controllo dell'impresa (*debtor in possession*). Una volta definito il piano di *reorganisation*, il cd. *disclosure statement*, esso viene approvato con la maggioranza dei votanti (non degli aventi diritto) e i 2/3 del valore dei crediti. Solo a quel punto interviene il potere giurisdizionale che è chiamato, in forza degli interessi pubblicistici sottostanti, all'omologa del giudice, detta *feasibility*, che comporta il sindacato di merito sull'intera proposta. Due sono i principi che caratterizzano il giudizio del giudice: il *best interest of creditor's test* secondo il quale se anche un solo creditore viene danneggiato dall'accordo rispetto a quello che potrebbe ottenere verosimilmente dalla semplice liquidazione la proposta può essere bocciata dal giudice; e il famoso *cram down* (che in italiano può essere tradotto con «ingoiare il rospo») in forza del quale anche se una intera classe si oppone al piano di sviluppo ma il giudice lo considera equo la classe dissenziente «ingoia il rospo».

La riforma italiana (32) ha piegato l'esempio americano alla situazione italiana e soprattutto agli interessi economici prevalenti che sostengono la riforma: nel concordato preventivo riformato, infatti, la prospettiva non è aziendalista, vale a dire di ristrutturazione e continuazione dell'impresa in crisi seppure in comunione tra i creditori, ma continua a essere satisfattoria, se non in alcuni aspetti liquidatoria, in quanto mira a una sorta di «spezzatino» in natura dell'impresa da distribuirsi tra

(32) Il testo del nuovo concordato è contenuto nella legge 14 maggio 2005, n. 80, pubblicata nella *GU*, n. 111, del 14 maggio 2005 – Supplemento ordinario n. 91. Si veda in particolare la formulazione dell'articolo contenente il principio del *cram down*.

«Art. 177 (Maggioranza per l'approvazione del concordato). – Il concordato è approvato se riporta il voto favorevole dei creditori che rappresentino la maggioranza dei crediti ammessi al voto. Ove siano previste diverse classi di creditori, il concordato è approvato se riporta il voto favorevole dei creditori che rappresentino la maggioranza dei crediti ammessi al voto nella classe medesima.

Il Tribunale, riscontrata in ogni caso la maggioranza di cui al comma 1, può approvare il concordato nonostante il dissenso di una o più classi di creditori, se la maggioranza delle classi ha approvato la proposta di concordato e qualora ritenga che i creditori appartenenti alle classi dissenzienti possano risultare soddisfatti dal concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili.

I creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, ancorché la garanzia sia contestata, non hanno diritto al voto se non rinunciano al diritto di prelazione. La rinuncia può essere anche parziale, purché non inferiore alla terza parte dell'intero credito fra capitale e accessori.

Qualora i creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca rinuncino in tutto o in parte alla prelazione, per la parte del credito non coperta dalla garanzia sono assimilati ai creditori chirografari; la rinuncia ha effetto ai soli fini del concordato.

le singole classi dei creditori stessi (33). Lo stesso principio del *cram down*, previsto dall'art. 177, comma 2, è stato piegato all'aggiramento dei privilegi generali riconosciuti dalla legislazione italiana ad alcune categorie di creditori, in particolar modo i lavoratori salariati, in forza del concetto che è il Tribunale, in definitiva, a giudicare equo o meno il progetto di concordato, avendo, a differenza della procedura liquidatoria, il giudizio di merito. La stessa locuzione del comma non è di non chiara lettura: «il Tribunale riscontrata la maggioranza dei creditori ammessi al voto, può approvare il concordato nonostante il dissenso di una o più (?) classi di creditori, se la maggioranza delle classi ha approvato la proposta di concordato e qualora ritenga che i creditori appartenenti alle classi dissenzienti possano risultare soddisfatti dal concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili (*verosimilmente, la liquidazione*)».

In conclusione, rispetto al vecchio concordato preventivo assistiamo sì a una impronta acceleratoria del giudizio camerale, ma non risulta comprensibile, invece, il mantenimento della distinzione tra creditori privilegiati e chirografari pur in presenza delle classi; così come l'omologazione del Tribunale, di mero riscontro delle maggioranze e salvo una non semplice assunzione o ripetizione dei giudizi di fattibilità, sembra implicare una valutazione del merito solo nel *cram down*. Quest'ultimo, applicabile unicamente in caso di classi diverse alcune delle quali dissenzienti, richiama tuttavia l'ambiguità di una prognosi sul grado di soddisfacimento dei creditori dissenzienti all'interno di una procedura che non è più fondata su precise misure di soddisfazione dei debiti, bensì di

Sono esclusi dal voto e dal computo delle maggioranze il coniuge del debitore, i suoi parenti e affini fino al quarto grado, i cessionari o aggiudicatari dei loro crediti da meno di un anno prima della proposta di concordato».

(33) A seguito dei numerosi dubbi emersi in sede giurisdizionale, il legislatore ha precisato, con una norma aggiunta dal decreto legge 30 dicembre 2005, n. 273, recante *Definizione e proroga dei termini, nonché conseguenti disposizioni urgenti*, pubblicato in *GU*, n. 303, del 30 dicembre 2005, che l'imprenditore può proporre il concordato preventivo quando si trova in stato di crisi, e per tale *si intende anche lo stato di insolvenza*.

In merito ai timori che il più generico requisito dello stato di crisi possa determinare un uso inflazionistico del concordato preventivo anche e soprattutto ai danni dei lavoratori dipendenti, la posizione in questa sede è piuttosto scettica: la maggioranza degli imprenditori italiani non ama «dichiarare» il proprio stato di crisi, e anzi, il principale motivo di fallimento del vecchio concordato era dato dal fatto che l'impresa arrivava alla procedura concorsuale già completamente decotta a causa della reticenza dell'imprenditore stesso.

una ristrutturazione anche fantasiosa degli stessi ovvero di una cessione degli attivi con forme tecniche assumibili dai creditori in modo a loro volta rischioso, cioè senza la possibilità di determinazione certa di percentuali di pagamento (34).

6. — *Conclusioni: breve ricostruzione dell'intera fattispecie concorsuale riformata e possibili controproposte* — Come già sottolineato nei precedenti paragrafi, questa riforma, benché da tempo auspicata e invocata, è stata accolta da delusione e numerose critiche. L'accusa rivolta a questa riforma, in sostanza, è quella di essere stata concepita e promulgata a uso e consumo degli istituti di credito e delle grandi imprese, oltre al fatto che, sotto il profilo squisitamente processuale, la permanenza del rito camerale puro e del concordato fallimentare non consente l'abbreviazione promessa dei tempi. Difficile, in questa sede, sposare una affermazione così netta e marcata, anche se le perplessità sollevate sono più che numerose e nel suo complesso la riforma non appare affatto tranquillizzante. In particolare, il legislatore italiano è partito da una ottima legge da svecchiare per addivenire a un sistema «a ostacoli» che appare sacrificare troppi interessi meritevoli di tutela, a cominciare dai crediti salariali e previdenziali dei prestatori di lavoro. Si conceda, ai fini di una maggiore comprensibilità della presente nota, una ultima sommaria ricostruzione dell'intera fattispecie concorsuale riformata. Il meccanismo predisposto dal legislatore appare congegnato, in effetti, in questi termini: in presenza di una impresa in crisi, ma non ancora del tutto insolvente, l'istituto di credito di riferimento, l'unico a possedere veramente il polso della situazione oltre all'imprenditore, valuterà l'opportunità o meno di procedere a una strategia di rientro del credito, anche mediante una azione giurisdizionale individuale; se si desume, invero, che l'impresa in questione corre il rischio di essere sottoposta a procedura concorsuale anche da parte di altri creditori, in quanto rientra nei nuovi parametri *ex art. 1*, verrà convocata la proprietà e/o il *management* e verosimilmente sarà consigliato l'esperimento di uno strumento concorsuale anticipatorio, a cominciare dal concordato preventivo. Si procederà alla formulazione, assieme all'impresa stessa, di un piano di concordato che assicuri all'istituto di credito la maggiore soddisfazione possibile delle proprie ragioni creditorie e parallelamente una uscita «onorevole» al-

(34) Si veda, in tal senso, anche le conclusioni del C.N.D.C., in *Osservazioni, op. ult. cit.*, p. 124 ss.

l'imprenditore, soprattutto se persona fisica, consentendogli di salvare almeno parte del suo patrimonio personale nonché di poter rimanere nel circuito della libera imprenditoria. In sede giurisdizionale, grazie alla suddivisione in classi del comitato dei creditori e, soprattutto, al sistema di votazione interno a esso (come visto ispirato a una lettura tutta «italiana» del principio del *cram dawn*), il predisposto piano di concordato sarà fatto proprio dal comitato dei creditori in senso quasi sempre favorevole ai creditori forti, quali banche, assicurazioni ed eventualmente qualche grande impresa creditrice; al contrario i lavoratori dipendenti dovranno accontentarsi del soddisfacimento parziale delle proprie ragioni salariali e previdenziali, nonostante i loro crediti siano assistiti da privilegio (35). Intendiamoci, nella maggior parte dei casi nessun creditore si vedrà riconoscere dal piano di concordato approvato dal comitato il cento per cento dei propri crediti, ma ciò per i creditori forti ha una importanza relativa, perché ciò che importa è un sostanziale rientro dell'assetto creditizio nel tempo minore possibile. Ammesso e non concesso che il Tribunale non approvi il piano di concordato preventivo, avrà inizio, allora, la procedura liquidatoria vera e propria, caratterizzata dalla estenuante tempistica che le è propria e nella quale, a fronte di un giudice delegato relegato a un ruolo notarile e di un curatore dalle ampie facoltà operative ma in posizione non autonoma, il potere decisionale sarà ben saldo nelle mani di un comitato dei creditori, dominato dai creditori forti principalmente per ragioni di natura finanziaria.

Davanti a un possibile scenario di tal genere, quali possono essere le controproposte da avanzare, soprattutto da parte delle organizzazioni sindacali? In attesa di un legislatore più attento alle ragioni dei lavoratori dipendenti e dei creditori chirografari, al quale proporre necessariamente una riformulazione complessiva dell'intera fattispecie concorsuale, la soluzione minimale che in questa sede ci si sente di consigliare è quella di puntare in primo luogo sul profilo previdenziale, vale dire aprire un tavolo di confronto con i reali beneficiari di questa riforma, le banche e i datori di lavoro, e richiedere a gran voce, anche all'esecutivo, un potenziamento finanziario del Fondo di garanzia, accompagnato da una sostanziale semplificazione della procedura di accesso allo stesso. In sostanza si dovrebbe chiedere ai beneficiari della riforma una «mutualiz-

(35) Per non parlare dei creditori chirografari che continueranno, probabilmente, a vedere soddisfatte solo frazioni molto limitate delle proprie pretese.

zazione» del rischio di impresa tra gli imprenditori, aumentando dallo 0,25% allo 0,50%-0,75% la percentuale dell'utile di impresa da destinare al Fondo di garanzia, nonché una razionalizzazione delle complicate procedure I.N.P.S. di accesso a esso. Rimane il fatto che l'eccessivo restringimento della *no failure zone* renderà estremamente difficile il ricorso al Fondo da parte dei lavoratori dell'impresa insolvente e allora si dovrà probabilmente pretendere che l'accesso a esso non sia vincolato al dato tecnico-processuale del conclamato fallimento della impresa in decozione, ma più genericamente a un dichiarato e/o accertato stato di crisi svincolato dagli angusti confini dell'art. 1 della legge fallimentare riformata. Oltre a ciò, sarà forse il caso che le organizzazioni sindacali, magari attraverso i patronati, concepiscano un qualche tipo di fondo per il sostegno delle spese inerenti la propria rappresentanza qualificata dei lavoratori all'interno dei comitati dei creditori, perché non è concepibile che possa essere sistematicamente richiesta ai liberi professionisti di riferimento un'opera «volontaristica» della durata di svariati anni, ogni qual volta si presenti l'occasione di un *default* di impresa accompagnato da procedura concorsuale.

Massimiliano Delfino (*)

LA CONTRATTAZIONE COLLETTIVA SUL *PART-TIME* DOPO
IL D.LGS. N. 276/2003: PROFILI TEORICI E APPLICATIVI (**)

SOMMARIO: 1. Contrattazione collettiva e *part-time*: la regolamentazione del rapporto. — 2.1. La volontarietà del *part-time* e la disciplina legale del lavoro supplementare fra diritto comunitario e diritto interno. — 2.2. La regolamentazione collettiva del lavoro supplementare. — 2.3. Le nuove clausole attinenti al profilo temporale. — 2.4. La disciplina collettiva delle clausole temporali. — 2.5. Alla conquista della protezione perduta? — 3. Alcune questioni teoriche. In particolare, la tutela del lavoratore a tempo parziale nel rapporto e nel mercato. — 4. Disciplina «privatistica» del *part-time* nel pubblico impiego e contrattazione collettiva.

1. — *Contrattazione collettiva e part-time: la regolamentazione del rapporto* — Il presente contributo si propone di analizzare la contrattazione collettiva in materia di rapporto di lavoro a tempo parziale, successiva all'entrata in vigore del d.lgs. n. 276/2003; più precisamente, delle modifiche dallo stesso apportate al d.lgs. n. 61/2000. La fonte contrattuale verrà presa in considerazione da due prospettive differenti, anche se molto intrecciate.

Innanzitutto, verrà esaminata la funzione di questa fonte rispetto al disegno del legislatore del 2003, del quale, pertanto, si dovrà, per grandi linee, dar conto. Successivamente, i contratti collettivi forniranno l'occasione di analizzare il rapporto fra legge e autonomia collettiva. In tutto il contributo sarà tenuto in considerazione il ruolo cruciale dell'ordinamento comunitario, e, in particolare, dei contenuti della Direttiva n. 97/81/Ce, che regola il lavoro a tempo parziale. L'ultima parte del saggio sarà dedicata al *part-time* nel lavoro pubblico sempre nel periodo successivo al d.lgs. n. 276/2003, allo scopo di verificarne la regolamentazione, legale e contrattuale, considerato che la riforma del 2003, per espressa previsione del legislatore, non riguarda questo settore.

(*) Ricercatore di Diritto del lavoro – Università di Napoli Federico II.

(**) Il saggio rientra nell'ambito della ricerca Prin 2003 dal titolo *Istituzioni locali e contrattazione collettiva nella riforma dei mercati del lavoro*, coordinata dal Prof. Mario Rusciano.

Partendo dal primo aspetto, è a tutti noto che, in seguito alle modifiche apportate dall'art. 46 del d.lgs. n. 276/2003 al testo originario del d.lgs. n. 61/2000, lo spazio riconosciuto alla contrattazione collettiva, nella regolamentazione del *part-time*, è stato ridotto rispetto al passato. Al contempo, il ruolo dell'autonomia collettiva è divenuto più incerto in virtù della apertura del legislatore alla contrattazione individuale, senza la necessità di un filtro sindacale. In questo modo, è stato modificato profondamente l'equilibrio regolativo del rapporto di lavoro a tempo parziale, fondato, nella precedente versione del d.lgs. n. 61/2000, su un *mix* fra forte controllo sindacale, sulla durata e la collocazione dell'orario di lavoro, e libertà di accesso al rapporto (1) (adesso come prima), non soggetto a limiti qualitativi o quantitativi, neanche di natura collettiva (2).

Modificato, quindi, il bilanciamento fra libertà individuale (nell'accesso al lavoro a tempo parziale) e controllo sindacale (nella gestione del rapporto), non si può dire, però, né che i nuovi equilibri fra le fonti autonome siano in contrasto con la normativa comunitaria, né che all'autonomia collettiva la legge non abbia riservato alcun ruolo.

Sul primo versante, la Direttiva n. 97/81 non impone agli Stati membri l'«equilibrio regolativo» garantito dalla legislazione italiana del 2000: diversamente, del resto, si sarebbe verificata un'ingerenza comunitaria nella scelta dei mezzi attraverso i quali realizzare gli obiettivi in essa contenuti. Piuttosto, la fonte europea esige, come si avrà modo di dimostrare, il rispetto di quegli obiettivi (3).

Sul secondo versante, l'art. 46 continua a prevedere numerosi rinvii alla contrattazione collettiva «qualificata», di qualunque livello, mentre non assegna alla fonte negoziale la centralità nella regolamentazione di alcuni aspetti del rapporto, che caratterizzava la precedente disciplina. È

(1) A dire il vero, nel d.lgs. n. 61/2000, prima versione, veniva riconosciuto un ruolo residuale al contratto collettivo nell'accesso al *part-time* di tipo misto, in quanto era la fonte negoziale ad autorizzare quella variante del rapporto. Tuttavia, già il d.lgs. n. 100/2001 aveva definito per legge il *part-time* misto escludendo qualsiasi competenza in merito della contrattazione collettiva.

(2) Cfr. G. Proia, *Flessibilità e tutela «nel» contratto di lavoro subordinato*, in Aa.Vv., *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile*, Atti delle Giornate di studio A.I.D.L.A.S.S. di Diritto del lavoro Pesaro-Urbino, 24-25 maggio 2002, Giuffrè, Milano, 2003, p. 181. Sul punto v. *infra*, par. 4.

(3) Sulla questione della conformità della regolamentazione italiana alla direttiva europea, v., fra gli altri, B. Caruso, *Riforma del part-time e diritto sociale europeo: verso una teoria dei limiti ordinamentali*, in *Dir. lav. merc.*, 2003, pp. 301 ss.

evidente che, rispetto alla versione anteriore, i ruoli delle parti sociali sono profondamente mutati: infatti se «...prima era la parte datoriale ad aver interesse a ricercare un accordo con il sindacato che ponesse le regole per la utilizzazione [dell'] istituto, [ora] l'interesse della ricerca del consenso sembra spostarsi in misura maggiore sui sindacati dei lavoratori, giacché, altrimenti, l'istituto opera comunque al di fuori di ogni mediazione e regolamentazione collettiva» (4), come risulterà chiaro da quanto si dirà di qui a poco.

In questo modo, in alcuni casi, la nuova normativa realizza una sorta di concorrenza fra le fonti di autonomia privata (5), cosicché diventa decisivo verificare come la fonte collettiva abbia occupato gli spazi che la legge le attribuisce. È chiaro che quanto più l'autonomia collettiva regola aspetti del *part-time* sui quali la legge le consente di intervenire, tanto meno la disciplina di questi profili potrà essere lasciata alla contrattazione individuale (6).

In aggiunta, sarà interessante valutare se e, eventualmente, in che maniera la contrattazione collettiva sia intervenuta in campi nei quali la legge, invece, non demanda a essa alcun compito sia perché sono spazi propri della fonte collettiva, sia soprattutto perché tale fonte riesce a conquistare ambiti che non le appartengono.

Ovviamente, non è opportuno trattare tutta la disciplina del lavoro a tempo parziale. Il percorso di ricerca prescelto è piuttosto quello di prendere in considerazione la regolamentazione contrattuale di singoli aspetti, quali, principalmente, il lavoro supplementare e le clausole tempora-

(4) P. Passalacqua, *Autonomia collettiva e mercato del lavoro. La contrattazione gestionale e di rinvio*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 193. Anche R. Voza (*I contratti di lavoro ad orario «ridotto, modulato o flessibile»* (part-time, lavoro intermittente e lavoro ripartito), WP C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona», 2005, n. 75, in www.lex.unict.it, p. 5) sottolinea come la prospettiva tradizionale sia invertita: «mentre prima certe dosi di flessibilità erano normalmente vietate dalla legge, ed era la contrattazione collettiva che poteva decidere se e come introdurle, oggi accade il contrario».

(5) A. Zoppoli, *Lavori e valori*, in R. De Luca Tamajo, M. Rusciano, L. Zoppoli (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2004, pp. 13 ss., parla di una «tensione tra autonomia collettiva e autonomia individuale [...] piuttosto evidente» (p. 16). V. anche V. Bavaro, *Osservazioni su tempo parziale, tempo flessibile e dogmatica contrattuale*, in R. De Luca Tamajo, M. Rusciano, L. Zoppoli (a cura di), *Mercato del lavoro*, cit., p. 58.

(6) M. Brollo, *Le modifiche al d.lgs. n. 61/2000 sul lavoro a tempo parziale*, in M. Brollo, M. G. Mattarolo, L. Menghini (a cura di), *Contratti di lavoro flessibili e contratti formativi. Commentario al D.lgs. 10 settembre 2003 n. 276*, coordinato da F. Carinci, Ipsoa, Milano, 2004, p. 172.

li, incrociandola con la classificazione del ruolo della contrattazione collettiva che si è appena evidenziata. Così facendo, da un lato, si potranno avere conferme o smentite sui compiti della fonte collettiva nella disciplina di questo rapporto di lavoro flessibile; dall'altro, si potrà riflettere sulla concreta regolamentazione contrattuale, chiedendosi se essa abbia introdotto ulteriori dosi di flessibilità oppure abbia garantito una maggiore tutela dei lavoratori (7). Naturalmente, sarà prima necessario analizzare, seppur in maniera non esaustiva, la regolamentazione legale degli ambiti appena menzionati, per fissare il perimetro degli spazi regolativi propri della fonte autonoma nella nuova disciplina.

2.1. — *La volontarietà del part-time e la disciplina legale del lavoro supplementare fra diritto comunitario e diritto interno* — In tema di lavoro supplementare nel *part-time* orizzontale, in base al «nuovo» art. 3, d.lgs. n. 61/2000, è venuto meno il principio della «doppia chiave» di accesso, essendo ora necessaria l'autorizzazione del contratto collettivo oppure il solo consenso individuale del lavoratore. La norma è abbastanza chiara: c'è un rinvio alla contrattazione collettiva, ma c'è anche una grande apertura all'autonomia individuale, perché, in mancanza della regolamentazione collettiva, è richiesto, appunto, il consenso del singolo lavoratore. La nuova formulazione della disposizione non ha mancato di sollevare alcuni interrogativi di carattere esegetico, ai quali la contrattazione collettiva evidentemente può contribuire a dare una risposta.

In via preliminare, la previsione della alternativa fra consenso individuale e contrattazione collettiva offre l'opportunità di affrontare la tematica del rispetto di uno dei principi comunitari maggiormente messi in discussione: quello della volontarietà del *part-time*. Come si è già avuto modo di affermare (8), la Direttiva n. 97/81/Ce sembra suggerire un'interpretazione del consenso in chiave individuale, visto che, ogni qual volta è esplicitata la «base volontaria» della regolamentazione del rapporto, il riferimento è alla volontà espressa dal singolo lavoratore, non a quella delle parti collettive (9). Inoltre, la nuova regolamentazio-

(7) Sul punto, v., seppure in una prospettiva più ampia, C. La Macchia, *Prime osservazioni sui contratti collettivi successivi alla riforma del mercato del lavoro del 2003*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Giorgio Ghezzi*, Cedam, Padova, 2005, pp. 951 ss.

(8) M. Delfino, *Riforma del part-time e vincoli comunitari*, in R. De Luca Tamajo, M. Rusciano, L. Zoppoli (a cura di), *Mercato del lavoro*, cit., pp. 78-79.

(9) La direttiva non contiene previsioni sul lavoro supplementare o sulle clausole elastiche. Tuttavia v., ad esempio, la clausola 6 laddove dispone che il rifiuto *del lavo-*

ne interna prevede un intervento della contrattazione collettiva volto a stabilire le condizioni di svolgimento del lavoro supplementare – ovvero il numero massimo di ore di lavoro supplementare, le relative causali, le conseguenze del superamento di quelle ore (10) –; intervento che, però, non pare in grado di essere equiparato al genuino consenso espresso dal prestatore di lavoro.

L'occasione di ritornare sul punto è data dall'interpretazione secondo la quale il lavoratore, «all'atto della stipula del contratto a tempo parziale, accetta volontariamente le condizioni del contratto, tra cui è compresa la possibilità di effettuare prestazioni supplementari, secondo le modalità stabilite dal contratto collettivo richiamato dalle parti nel contratto individuale» (11). Questa posizione dottrinale appare condivisibile, in quanto consente di salvaguardare, anche se in minima parte, l'autonomia individuale del prestatore di lavoro, poiché mette quest'ultimo, prima di sottoscrivere il contratto a tempo parziale, nella condizione di conoscere i contenuti del contratto collettivo, e, quindi, dell'eventuale regolamentazione ivi prevista delle prestazioni supplementari, la cui presenza esclude il consenso del singolo. Sicché, il lavoratore, stipulando il contratto individuale che rinvia a quello collettivo, implicitamente aderisce alla decisione già presa in merito dalla fonte collettiva.

La questione muta, però, se il contratto collettivo, al momento della stipulazione di quello individuale, non prevede alcuna regolamentazione delle prestazioni supplementari, potendo, a ogni modo, intervenire successivamente in quella determinata materia. In questo caso, il consenso individuale del lavoratore sarebbe ugualmente garantito?

Mentre nella prima ipotesi il prestatore di lavoro sottoscrive il contratto *part-time*, consapevole che l'accordo collettivo esclude il suo assenso per l'effettuazione di prestazioni supplementari, nella seconda non c'è la possibilità, per il singolo, di manifestare la propria volontà,

ratore di essere trasferito da un luogo a un altro non dovrebbe costituire motivo di licenziamento oppure quando si riferisce alle domande *dei lavoratori* per il passaggio da *full-time* a *part-time* e viceversa. Sulla volontarietà del lavoro a tempo parziale, v. anche C. Alessi, *Part-time e tecniche di incentivazione*, in R. De Luca Tamajo, M. Rusciano, L. Zoppoli (a cura di), *Mercato del lavoro*, cit., pp. 48-58.

(10) V. art. 3, comma 2, d.lgs. n. 61/2000. Per approfondimenti sul punto, v. *infra* in questo paragrafo.

(11) P. Passalacqua, *Autonomia collettiva*, cit., p. 187.

salvo a ritenere che il rinvio alla fonte collettiva implichi un assenso preventivo a qualsiasi decisione le parti sociali prenderanno in futuro.

La tesi del rinvio formale alla contrattazione collettiva – che, in tal modo, verrebbe intesa nella sua evoluzione dinamica e quindi consentirebbe la previsione dell'obbligo di effettuare prestazioni supplementari, anche dopo la stipulazione del contratto individuale (12) – garantisce la legittimità dell'operazione in base alla quale la contrattazione può, in un momento successivo, escludere il consenso del singolo e, quindi, imporre, di fatto, al prestatore di lavoro, entro alcuni limiti, una prestazione oraria che eccede quella concordata. Quest'impostazione, però, oltre a essere in contrasto con la valorizzazione della libertà individuale alla base del d.lgs. n. 276/2003 (13), non sembra mettere al riparo da una violazione del principio comunitario della volontarietà del *part-time*, almeno nel significato che a esso si è dato in questa sede, non essendo riconosciuto, nella eventualità in parola, uno spazio effettivo al consenso individuale.

In aggiunta, la ricostruzione della contrattazione collettiva come fonte che incide dall'esterno, attraverso il rinvio, sul contenuto del contratto individuale si basa sulla «facoltà dei singoli di considerare i trattamenti di fonte collettiva come dei minimi rispetto ai quali la loro autonomia contrattuale può liberamente svolgersi in direzioni migliorative» (14). Nel caso di specie, è da verificare se un'eventuale regolamentazione del lavoro supplementare possa essere considerato un intervento «classico» della fonte collettiva, e cioè un trattamento minimo a tutela dei lavoratori, rispetto al quale l'autonomia individuale potrebbe intervenire in senso migliorativo. Oppure, piuttosto, se questa regolamentazione, escludendo il consenso del singolo, indebolisce, anziché rafforzare, la posizione dei lavoratori a tempo parziale nell'esecuzione del rapporto di lavoro.

Tuttavia, in assenza di una pronuncia della Corte di Giustizia che accerti la violazione della direttiva comunitaria sul punto, la normativa italiana in materia di lavoro supplementare rimane in vigore, potendo eventualmente essere disapplicata dai giudici, con effetto limitato, però, a eventuali casi concreti. Per ora, quindi, occorre comunque affrontare una serie di problemi concernenti la sua applicazione.

(12) Sempre P. Passalacqua, *Autonomia collettiva*, cit., p. 188.

(13) Così R. Voza, *I contratti di lavoro*, cit., pp. 6-7.

(14) G. Prosperetti, *L'efficacia dei contratti collettivi nel pluralismo sindacale*, Franco Angeli, Milano, 1988, p. 184.

La prima questione riguarda cosa si intende per carenza di contratto collettivo, accertata la quale viene spianata la strada all'autonomia individuale. L'art. 3, comma 2, afferma che la contrattazione collettiva stabilisce il numero massimo delle ore di lavoro supplementare, le relative causali e le conseguenze del superamento di quelle ore. Sicché, si tratta di vedere se è possibile che la fonte collettiva, pur non regolamentando tutti quegli aspetti, possa sostituirsi al consenso individuale.

È condivisibile l'opinione di chi ritiene che la norma non prevede un onere per la contrattazione collettiva di disciplinare genericamente il lavoro supplementare, bensì introduce un onere di intervenire su quei determinati aspetti (15). Per cui, se i contratti collettivi prevedono il ricorso al lavoro supplementare senza regolamentarne le modalità, la conseguenza non è certo l'invalidità delle clausole contrattuali, ma la necessità, in quel caso, del consenso individuale. D'altronde, in base all'art. 3, comma 3, tale tipo di consenso è richiesto qualora l'effettuazione di prestazioni di lavoro supplementare non sia «prevista e regolamentata dal contratto collettivo». Il combinato disposto dei commi 2 e 3 dell'art. 3, d.lgs. n. 61/2000, sembra pertanto avvalorare la tesi di un contenuto minimo della regolamentazione del lavoro supplementare, indicato nel comma 2, accanto alla previsione del ricorso a questa forma di lavoro «eccedente»: in mancanza anche solo di uno dei due elementi la legge richiede l'assenso del singolo lavoratore interessato. Perciò, qualora il lavoro supplementare sia previsto dalla contrattazione collettiva, si profilano due ipotesi: se non c'è la regolamentazione dell'autonomia collettiva, è necessario comunque il consenso individuale, ma non ci sono limiti all'esercizio della richiesta da parte del datore di lavoro (tetti massimi, circostanze legittimanti ecc.); se, invece, il lavoro supplementare è disciplinato a livello collettivo, allora quei limiti devono essere previsti, mentre non è richiesto il consenso del lavoratore, pure se il suo eventuale rifiuto, come si vedrà a breve, è, seppur flebilmente, tutelato (16).

Insomma, occorre «una specifica presa di posizione del contratto (collettivo) in quel senso», cosicché «non sarà [...] sufficiente [...] una previsione che si limiti a regolare altri aspetti dell'istituto [...]»; al-

(15) M. Brollo, *Le modifiche al d.lgs. 61/2000*, cit., pp. 140-141.

(16) Sul punto, v. anche S. Scarponi, *Sub art. 46*, in E. Gragnoli, A. Perulli (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Cedam, Padova, 2005, pp. 554 ss.

trimenti il sindacato si troverebbe di fronte al paradosso che, regolando in qualsiasi modo il lavoro supplementare, lo renderebbe obbligatorio» (17). In tal modo, viene respinta l'idea che sia sufficiente una disciplina collettiva generica del *part-time* per far venir meno la necessità del consenso individuale, così fugando i dubbi che erano stati sollevati sulla questione (18). D'altronde, non si comprenderebbe perché la regolamentazione di altri aspetti del rapporto di lavoro (ad esempio la trasformazione da tempo pieno a tempo parziale, la remunerazione delle ore di straordinario ecc.) dovrebbe essere in grado di obbligare il lavoratore a svolgere prestazioni supplementari anche senza il suo consenso. A ciò si può solo aggiungere che la legge non richiede nemmeno una regolamentazione collettiva qualsiasi del lavoro supplementare, ma la disciplina degli aspetti già ricordati e indicati nel comma 2.

C'è un'altra questione in merito alla quale è importante cercare di dare una risposta. In base al comma 3 del nuovo art. 3, d.lgs. n. 61/2000, il rifiuto da parte del lavoratore di svolgere lavoro supplementare non può integrare *in nessun caso* gli estremi del giustificato motivo di licenziamento. È noto che non si tratta di una disposizione completamente nuova, in quanto già la precedente versione del d.lgs. n. 61 – che prevedeva la necessità in ogni caso del consenso individuale – disponeva che l'eventuale rifiuto non integrava né gli estremi del giustificato motivo, né quelli della sanzione disciplinare. Tuttavia, il nuovo testo dell'art. 3 si inserisce in un contesto diverso. La tutela del rifiuto riguarda, ovviamente, una manifestazione del consenso (o, meglio, del dissenso) individuale, per cui il fatto che sia stata mantenuta, seppur depotenziata, nell'attuale versione dell'art. 3 dimostra che viene assicurato un qualche ruolo all'autonomia individuale pure in presenza della contrattazione collettiva regolante il ricorso al lavoro supplementare. Va intesa in questo modo l'espressione «in nessun caso», che mancava nella precedente versione della norma, e che qui va riferita all'ipotesi in cui la regolamentazione collettiva è presente. Infatti, in assenza di questa, una previsione di tal genere a tutela del rifiuto sarebbe stata pleonastica, in quanto, se richiesto in via esclusiva, il consenso individuale deve essere prestato liberamente, per cui è ov-

(17) R. Del Punta, *Sub art. 46*, in M. Pedrazzoli (coordinato da), *Il nuovo mercato del lavoro. D.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Zanichelli, Bologna, 2004, p. 502.

(18) M. Brollo, *Le modifiche al d.lgs. 61/2000*, cit., p. 142.

vio che il lavoratore interessato non potrà essere né licenziato, né sanzionato disciplinarmente in seguito alla sua decisione (19).

In pratica, quando il consenso del lavoratore a svolgere prestazioni di lavoro supplementare non è necessario, il suo eventuale dissenso è protetto dalla previsione di cui sopra. In questa circostanza, diventa rilevante che alla tutela contro il licenziamento non si accompagna quella contro le sanzioni disciplinari. Questo elemento, secondo alcuni (20), rischia di vanificare quanto previsto dalla norma, considerato che rifiuti continuati da parte del lavoratore potrebbero costituire un caso di recidiva e quindi condurre comunque al licenziamento. Non di meno, è preferibile l'opinione di chi pone, di nuovo, l'accento sull'espressione «in nessun caso», che, questa volta, escluderebbe l'applicazione di una sanzione estintiva del rapporto di lavoro anche nelle ipotesi di infrazioni disciplinari reiterate (21).

È importante prendere in considerazione, poi, il profilo sanzionatorio, abbastanza trascurato nell'attuale versione del d.lgs. n. 61/2000. Si è già messo in evidenza che la contrattazione collettiva deve prevedere le conseguenze del superamento delle ore di lavoro supplementare, ma non è più così chiaro che tipo di conseguenze la legge richieda. Infatti, il vecchio comma 6 dell'art. 3 precisava che queste dovessero essere di tipo economico, indicando, in mancanza della contrattazione collettiva, anche l'entità della maggiorazione, pari al 50% della retribuzione. L'abrogazione di questa norma rimette la questione integralmente nelle mani della contrattazione collettiva, che è autorizzata a prevedere pure delle conseguenze di tipo non economico (22). È quindi decisivo appurare sia l'*an* della regolamentazione collettiva, come per gli altri requisiti previsti per il lavoro supplementare, sia il *quomodo*, anche perché in questo caso, a differenza che per le causali e il tetto massimo, esisteva una precedente regolamentazione legale molto garantista per il lavoratore. Si tratta di vedere se la contrattazione si pone sulla scia della discipli-

(19) M. Ferraresi, *Part-time*, in M. Magnani, P. A. Varesi (a cura di), *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 461.

(20) R. Voza, *La destrutturazione del tempo di lavoro: part-time, lavoro intermittente e lavoro ripartito*, in Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, Cacucci, Bari, 2004, p. 241; R. Del Punta, *Sub art. 46*, cit., p. 503.

(21) G. Bolego, *Il lavoro straordinario. Fattispecie, disciplina e tecniche di tutela*, Cedam, Padova, 2004, p. 175.

(22) M. Brollo, *Le modifiche al d.lgs. 61/2000*, cit., p. 145, pensa al recupero del tempo di non lavoro.

na di fonte legale oppure, al contrario, coglie le aperture che la nuova formulazione di legge le consente in termini sia di tipologia della sanzione, sia di entità della stessa.

2.2. — *La regolamentazione collettiva del lavoro supplementare* — È necessario verificare, perciò, se quanto affermato finora dal punto di vista teorico, in materia di lavoro supplementare, trovi riscontro nelle previsioni collettive.

Anzitutto, è interessante appurare quale delle due ricostruzioni prima segnalate in merito all'obbligatorietà del lavoro supplementare e alla esclusione del consenso individuale trovi riscontro nella contrattazione collettiva. Indicativo al riguardo è il c.c.n.l. Autoferrotrantvieri del 14 dicembre 2004 che, pur inserendo i limiti previsti dalla legge, rende esplicitamente non obbligatorio il lavoro supplementare: semmai ciò avviene solo indirettamente, laddove si dice che le ore di lavoro eccedenti il lavoro supplementare «possono essere effettuate solo con il consenso del lavoratore interessato» (23).

Alla luce di quanto detto in precedenza acquistano poi importanza quelle disposizioni contrattuali in base alle quali il rifiuto motivato al lavoro supplementare non solo non integra gli estremi di un giustificato motivo di licenziamento, come afferma l'art. 3, comma 3, d.lgs. n. 61/2000, ma non costituisce nemmeno un'infrazione disciplinare (24). Su questo punto emerge, in tutta la sua evidenza, il ruolo autonomo della fonte collettiva, che recupera una disposizione della precedente versione del decreto n. 61, discostandosi, peraltro, dall'interpretazione fornita in merito dal Ministero del lavoro con la circolare n. 9 del 2004, ove, invece, si sottolinea come «il venir meno del riferimento all'illecito disciplinare [...] deve essere interpretato nel senso che l'illegittimo rifiuto a rendere la prestazione supplementare può acquisire rilevanza disciplinare».

Quasi sempre la contrattazione collettiva successiva al d.lgs. n. 276/2003 si è limitata a disciplinare quanto previsto dal nuovo testo del decreto n. 61, ma in alcuni casi è anche andata al di là di quanto disposto dalla legge, occupando spazi che il legislatore non le aveva assegnato, in genere per garantire una tutela maggiore del lavoratore a tempo parziale sul piano del rapporto di lavoro. È il caso dei c.c.n.l. che

(23) Art. 2, parte III, lett. l.

(24) C.c.n.l. Dipendenti A.V.I.S. del 27 settembre 2004.

prevedono comunque la necessità del consenso del lavoratore, espresso di volta in volta, allo svolgimento del lavoro supplementare, così reintroducendo, per via negoziale, la «doppia chiave» rimossa dal d.lgs. n. 276/2003 (25).

Che l'obiettivo della contrattazione collettiva fosse quello di recuperare parte della disciplina legale della prima versione del d.lgs. n. 61/2000 è testimoniato anche dal fatto che il rifiuto del lavoratore di svolgere il lavoro supplementare è meglio tutelato rispetto a quanto previsto dall'art. 46 del d.lgs. n. 276. In alcuni contratti, infatti, questo rifiuto è giustificato in presenza di motivi individuali di impedimento, fra i quali anche lo svolgimento di un altro rapporto di lavoro (26). In altri, sempre in assenza del consenso individuale, è detto che l'impresa valuterà con particolare attenzione la richiesta di essere dispensati dalle prestazioni di lavoro supplementare per comprovati motivi di impedimento di natura familiare (27).

È appena il caso di sottolineare che alcuni accordi compiono un'altra operazione di tipo «limitativo» a proposito della disciplina del lavoro supplementare, prevedendo delle causali per il ricorso a questo tipo di lavoro eccedente, ovverosia nei casi di incrementi di attività produttiva, per le attività di carattere stagionale, per esigenze legate alla sostituzione di una posizione rimasta vacante, per l'esecuzione di servizi definiti e predeterminati nel tempo (28).

La contrattazione collettiva sembra realizzare, in parte, il compito di fissare limiti rigorosi «tali da arginare la possibilità di ricorso [...] «incontrollato» al lavoro supplementare, rischio possibile dato che, oltretutto, non è più previsto *ex lege* neppure il limite massimo del 10% della durata dell'orario *part-time*...» (29). A dire il vero, su questi aspetti specifici, la contrattazione (30) prevede limiti massimi al lavoro supplementare molto eterogenei, ma uguali o superiori al limite

(25) Grafici, Editoriali del 24 febbraio 2004, Imprese della distribuzione cooperativa del 2 luglio 2004, Tessili.

(26) Gomma Plastica.

(27) Piccola industria del legno del 22 settembre 2004.

(28) C.c.n.l. della Piccola industria del legno e Aziende di panificazione del 19 luglio 2005.

(29) E. Stenico, *Il lavoro a tempo parziale fra disciplina legale ed assetti contrattuali*, in *LD*, 2005, p. 337.

(30) C.c.n.l. Metalmeccanici del 22 gennaio 2004, Aziende grafiche del 24 febbraio 2004, Gomma Plastica del 2 giugno 2004, Tessili del 24 aprile 2004, Consorzi di bonifica del 2 luglio 2004 ecc.

del 10% dell'orario di lavoro a tempo parziale previsto dalla precedente versione del decreto n. 61 (31).

È da segnalare, però, che, molto spesso, la contrattazione collettiva consente il ricorso al lavoro supplementare fino al raggiungimento dell'orario a tempo pieno, tralasciando quindi l'indicazione del legislatore di prevedere dei tetti diversi per questo tipo di lavoro «eccedente». In alcuni contratti, poi, oltre alla mancanza di questo limite, non sono nemmeno precisate le ipotesi di ricorso al supplementare, ma, al contrario, si ritiene che il consenso individuale sia sufficiente a giustificare l'incremento di orario, accogliendo, in questo modo, l'atteggiamento rinunciatario suggerito dal legislatore (32).

Per quanto riguarda, invece, il superamento delle ore di lavoro supplementare consentite, la gran parte dei contratti collettivi propende per le conseguenze di tipo economico, prevedendo una maggiorazione sulla retribuzione di fatto e, spesso, un compenso incrementato anche per le ore di lavoro supplementare svolte entro i limiti stabiliti contrattualmente (33). Solo pochi contratti sfruttano la possibilità data dal legislatore, nel nuovo testo dell'art. 3, d.lgs. n. 61/2000, di prevedere compensazioni di carattere non economico, ovverosia riposi compensativi (34).

Con riferimento al lavoro supplementare si potrebbe addirittura affermare che la nuova disciplina ha costituito uno sprone nei confronti

(31) E cioè del 20% nel c.c.n.l. Trasporto pubblico locale del 14 dicembre 2004, del 30% nel contratto Gomma Plastica, o addirittura del 70% nel c.c.n.l. Piccola e media industria alimentare del 6 maggio 2004. In altre ipotesi, il limite non è percentuale, ma calcolato su un numero massimo di ore, come, ad esempio, le 40 settimanali del c.c.n.l. Tessili, l'orario normale a tempo pieno nel c.c.n.l. Imprese della distribuzione cooperativa o l'unica ora giornaliera del c.c.n.l. Consorzi di bonifica.

(32) I c.c.n.l. Industria grafica e Turismo.

(33) Il c.c.n.l. Metalmeccanici prevede una maggiorazione del 10%, il c.c.n.l. Aziende grafiche del 20%, il c.c.n.l. Tessili del 24%, il c.c.n.l. Commercio terziario e il c.c.n.l. delle Imprese della distribuzione cooperativa del 35%. Mentre i c.c.n.l. Gomma plastica e Autoferrotranvieri, in questo ricalcando il contenuto della precedente versione della norma legale, introducono una maggiorazione, rispettivamente, del 16% e del 10%, per le ore di lavoro supplementare svolte entro i tetti massimi fissati dalla contrattazione collettiva, del 50% e del 25% oltre quel limite. Il c.c.n.l. Consorzi di bonifica retribuisce come ore ordinarie quelle al di sotto dei tetti contrattuali e quelle al di sopra con una maggiorazione del 25%. Disposizioni simili a quelle da ultimo indicate sono presenti nei c.c.n.l. Chimici-industria del 28 maggio 2004, Alimentari PMI del 6 maggio 2004 e Consorzi agrari del 5 aprile 2004.

(34) Si tratta dei c.c.n.l. Edilizia-cooperative del 24 maggio 2004 e Farmacie municipalizzate del 12 marzo 2004.

della contrattazione collettiva a intervenire in materia, realizzando così degli effetti forse non voluti dallo stesso legislatore del 2003 (35). Infatti, è innegabile che il legislatore abbia almeno tentato di degradare la contrattazione collettiva «...al ruolo di fonte suppletiva e non indispensabile alla determinazione dei più salienti profili di flessibilizzazione del rapporto»; tuttavia non è detto che sia riuscito nell'obiettivo di favorire «...l'espandersi dell'autonomia individuale in alternativa all'intervento della contrattazione collettiva» (36).

Limitandosi, per ora, alla regolamentazione del lavoro supplementare, si può dire che la maggiore innovazione rispetto al passato è rappresentata dall'*an* e non tanto dal *quomodo* dell'intervento regolativo, poiché la novità più significativa, come si è visto, è la alternativa fra autonomia individuale e autonomia collettiva. Per il resto, la disciplina legale ritaglia comunque degli spazi di azione alla fonte collettiva, riservando a essa un ruolo importante anche se tutto da conquistare. È forse questo il motivo per cui esiste una certa abbondanza di previsioni collettive in materia di lavoro supplementare (ma anche di *part-time* in generale) attraverso le quali le parti sociali hanno tentato di sfruttare al massimo la funzione attribuita loro dalla legge e, in alcuni casi, hanno cercato addirittura di riconoscere ai lavoratori garanzie maggiori di quelle legali, magari mutuandole dalla precedente regolamentazione eteronoma dello stesso rapporto di lavoro. Si è innescata una relazione di interdipendenza fra sindacato e lavoratori *part-time*, in base alla quale «il sindacato non potrà rinunciare a regolare il lavoro supplementare, [anche se] così facendo obbliga il lavoratore a svolgerlo» (37): ciò rappresenta, come è stato sostenuto, un circolo vizioso (38) se l'attuale disciplina del lavoro supplementare è confrontata con la precedente, mentre, se si ragiona riferendosi alla regolamentazione ora in vigore, la questio-

(35) In uno dei primi commenti alla riforma del 2003, R. Cantucci, *Il part-time nella nuova disciplina: dalla «flessibilità limitata» alla «precarietà»?»,* in R. De Luca Tamajo, M. Rusciano, L. Zoppoli (a cura di), *Mercato del lavoro*, cit., p. 40, ha messo in evidenza come il ruolo del contratto collettivo non è emarginato, «...anzi il suo intervento risulta sollecitato dalla concorrenza dell'autonomia individuale».

(36) F. Bano, *Contratti flessibili: lavoro a tempo parziale e lavoro intermittente*, paper presentato al Convegno *Dopo la flessibilità cosa?*, Università «Ca' Foscari» di Venezia, 6-7 ottobre 2005, in *LD*, 2006, n. 2, in corso di pubblicazione.

(37) D. Gottardi, *I contratti con orario flessibile (lavoro intermittente, ripartito, a tempo parziale)*, in R. Bortone, C. Damiano, D. Gottardi (a cura di), *Lavori e precarietà. Il rovescio del lavoro*, Editori Riuniti, Roma, 2004, p. 105.

(38) L'espressione è di D. Gottardi, *I contratti con orario flessibile*, cit., p. 105.

ne cambia. Proprio tale rilievo induce a non auspicare l'assenza della contrattazione collettiva, poiché le esigenze del lavoratore non sempre possono essere tutelate attraverso il consenso individuale, che, come si sa, spesso fornisce una protezione più apparente che reale, essendo il prestatore di lavoro condizionato dal *metus* nei confronti del datore di lavoro. Per cui, ci si chiede se, a volte, non sia preferibile un contratto collettivo che fissi dei paletti ben precisi alla richiesta datoriale di svolgere lavoro supplementare, piuttosto che privilegiare l'ipotesi in cui si subordina l'aumento dell'orario di lavoro al solo consenso del singolo, peraltro, nella sua decisione, non assistito in alcun modo dal sindacato. Ciò vale a maggior ragione se si considera, come si è detto, che, anche in tale eventualità, il lavoratore può esprimere, seppure in presenza di garanzie scarse, il proprio dissenso.

2.3. — *Le nuove clausole attinenti al profilo temporale* — Si è osservato finora che un lavoratore con un rapporto a tempo parziale di tipo orizzontale può svolgere attività lavorativa oltre l'orario concordato entro limiti fissati dalla contrattazione collettiva anche senza il suo consenso, oppure, in assenza della fonte collettiva, con il suo consenso, ma avendo come unico limite l'orario a tempo pieno, oltre il quale scatta la disciplina del lavoro straordinario. Tuttavia, è noto che la disciplina legale consente anche altre opzioni di variabilità temporale, attraverso la previsione delle clausole flessibili ed elastiche. Le prime possono essere apposte in tutti i tipi di rapporto di lavoro a tempo parziale per modificare la collocazione temporale della prestazione lavorativa. Le seconde possono essere sottoscritte nel *part-time* verticale e misto e consentono l'aumento della durata della prestazione, entro i limiti del tempo pieno, e quindi rappresentano la «veste» che assume il lavoro supplementare nei rapporti di lavoro a tempo parziale diversi da quello orizzontale (39). Si tratta di clausole accessorie in base alle quali, a differenza del lavoro supplementare, il consenso del lavoratore va espresso una volta per tutte e non di volta in volta, per cui viene riconosciuto al datore di lavoro «...un inedito *ius variandi* temporale, con conseguente obbligo giuridicamente vincolante per il lavoratore di rispondere alla chiamata e quindi con una accentuazione della sua condizione di subordinazione» (40).

(39) R. Del Punta, *Sub art. 46*, cit., pp. 516 ss.; G. Bolego, *Il lavoro straordinario*, cit., pp. 180 ss.

(40) M. Brollo, *Le modifiche al d.lgs. 61/2000*, cit., p. 150.

Per espressa previsione legale, i contratti collettivi, analogamente a quanto accade per il lavoro supplementare, stabiliscono le condizioni e le modalità in relazione alle quali il datore di lavoro può modificare la collocazione temporale o aumentarne la durata (41). La legge richiede, in ogni caso, il consenso del lavoratore interessato, tramite patto scritto, e ciò si evince sia dall'art. 3, comma 9, che formalizza la presenza di un patto *ad hoc*, sia dall'art. 8, comma 2-ter, secondo il quale, in assenza di contratti collettivi, datore di lavoro e lavoratore possono direttamente concordare l'adozione delle clausole elastiche e flessibili.

Pure in questo caso ci si è domandati che cosa si intenda per mancanza della contrattazione collettiva. C'è chi ha affermato, a tal proposito, che la «carezza di contratto collettivo» va intesa in senso stretto come mancanza di una regolamentazione collettiva delle clausole temporali (42), cosicché non sarebbe possibile concordare direttamente l'apposizione delle clausole flessibili ed elastiche né nell'ipotesi di assenza della contrattazione collettiva in materia di *part-time*, né nel caso in cui la disciplina collettiva taccia sul punto delle clausole temporali, regolamentando altri aspetti del rapporto in oggetto. Ne deriverebbe che il silenzio della contrattazione collettiva sul punto corrisponderebbe a una mancata autorizzazione alla sottoscrizione delle clausole. In tal modo, il d.lgs. n. 61/2000 attualmente in vigore avrebbe previsto la conservazione del principio della «doppia chiave», individuale e collettiva, nella disciplina delle clausole temporali e non in quella del lavoro supplementare.

Anche se la motivazione potrebbe essere condivisibile, in quanto nelle clausole elastiche e flessibili il consenso del lavoratore è prestato una volta per tutte, una lettura di questo genere sembra, però, un po' forzata (43): da un lato, non è più possibile riconoscere, in materia di clausole temporali, una funzione autorizzatoria alla contrattazione collettiva, in presenza di una disposizione che consente la sottoscri-

(41) V. art. 3, comma 7, d.lgs. n. 61/2000.

(42) M. Brollo, *Le modifiche al d.lgs. 61/2000*, cit., pp. 152-153.

(43) Cfr., per tutti, C. Zoli, *Contratto e rapporto tra potere ed autonomia nelle recenti riforme del diritto del lavoro*, in Aa.Vv., *Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme*, Atti delle Giornate di studio A.I.D.LA.S.S. di Diritto del lavoro Abano Terme-Padova, 21-22 maggio 2004, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 94-95.

zione di quelle clausole pure in mancanza della fonte autonoma (44); dall'altro, non è nemmeno pensabile equiparare la mancanza del contratto collettivo al silenzio della medesima fonte, senza una espressa previsione in tal senso da parte del legislatore.

Quanto alla questione della tutela del lavoratore, si può far riferimento, ancora una volta, all'art. 8, comma 2-ter, laddove dispone che l'adozione diretta delle clausole elastiche e flessibili deve avvenire «ai sensi delle disposizioni che precedono». Questa norma potrebbe essere intesa in maniera che gli obblighi e gli oneri fissati dalla legge per la contrattazione collettiva valgono anche per quella individuale: nel seguire un'impostazione di questo genere l'interprete sarebbe altresì sostenuto dalla circolare ministeriale n. 9/2004 (45). Sicché, nella clausola elastica e/o flessibile, in assenza della fonte collettiva, sarebbero le parti individuali a fissare le condizioni e le modalità per modificare la collocazione temporale o per aumentare la durata della prestazione, stabilendo i relativi limiti massimi di variabilità (art. 3, comma 7), nonché i tempi del preavviso e le specifiche compensazioni (art. 3, comma 8) (46). D'altronde, in assenza di un obbligo di prevedere comunque queste limitazioni, si presenterebbe il rischio, in mancanza della contrattazione collettiva, di stipulare contratti di lavoro a tempo parziale con prestazioni di lavoro di durata molto breve, ai quali potrebbero essere apposte clausole di variabilità in grado di consentire al datore di lavoro di modificare la collocazione temporale o di aumentare la durata dell'orario a suo piacimento: così facendo si arriverebbe al paradosso che le nuove regole ridurrebbero anziché incrementare il ricorso al tempo parziale in termini di quantità di orario di lavoro concordato *ab origine* nel contratto *part-time* (47).

(44) S. Scarponi, *Sub art. 46*, cit., p. 573. In questo senso, v. anche S. Bellomo, *Le innovazioni del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 in materia di flessibilità del part-time*, in Aa.Vv., *Diritto del lavoro. I nuovi problemi. L'omaggio dell'accademia a Mattia Persiani*, Cedam, Padova, 2005, Tomo II, spec. pp. 936-937.

(45) La circolare del 2004, infatti, afferma espressamente che «in mancanza di una regolamentazione per via collettiva le parti possono comunque accordarsi per lo svolgimento di lavoro flessibile ma devono regolamentarne condizioni e modalità, nonché stabilire le forme e la misura della compensazione». Analoga interpretazione è fornita per le clausole elastiche.

(46) R. Del Punta, *Sub art. 46*, cit., p. 514; v. anche M. Brollo, *Le modifiche al d.lgs. 61/2000*, cit., p. 153.

(47) In tal senso, v. R. Voza, *La destrutturazione del tempo di lavoro*, cit., p. 249, che sottolinea come «...diventando molto più semplice dilatare e ridistribuire l'orario di lavoro di un lavoratore a tempo parziale, sarà conveniente fissare, all'atto della definizio-

Occorre poi ricordare che, in assenza della fonte collettiva, le uniche garanzie riconosciute espressamente dalla legge al lavoratore sono il preavviso di due giorni lavorativi, l'assistenza sindacale al momento della stipulazione del patto, e la previsione in base alla quale il rifiuto del lavoratore non integra gli estremi di un giustificato motivo di licenziamento. Un po' poco, considerato che l'assistenza di un componente della R.S.A. (ma anche della R.S.U.) non è obbligatoria, bensì subordinata alla richiesta del lavoratore (48) e che la tutela in caso di licenziamento è pleonastica, in quanto il lavoratore è libero di prestare oppure no il suo consenso all'apposizione della clausola. A questo si aggiunge, poi, che quest'ultima affermazione è del tutto teorica, poiché, soprattutto se la clausola elastica o flessibile è apposta nel contratto di lavoro al momento della sua conclusione, l'eventuale rifiuto del lavoratore può costituire una ragione di mancata assunzione da parte dell'imprenditore. Non sembra, invece, che il termine di preavviso di 48 ore possa essere ridotto dalla contrattazione collettiva o dall'autonomia individuale. L'art. 3, comma 8, d.lgs. n. 61/2000 è sul punto preciso: è vero che fa salve le diverse intese fra la parti, ma stabilisce che il preavviso debba essere *almeno* di due giorni lavorativi, così lasciando spazio solo alla derogabilità *in melius* di quel termine (49).

Non di meno, pur accogliendo l'interpretazione in base alla quale le incombenze che la legge attribuisce alla fonte collettiva ricadono, in sua assenza, sull'autonomia individuale, le probabilità che, a questo livello, anche per quanto si è da ultimo affermato, il lavoratore riesca a ottenere dal datore di lavoro l'indicazione di limiti realmente stringenti all'esercizio di questa espressione di *ius variandi* sono abbastanza remote, cosicché appare sempre preferibile un intervento della fonte collettiva. Vale anche per le clausole temporali quanto detto per il lavoro supplementa-

ne del programma negoziale, un tetto orario minimale, per poi adattarlo alle variabili esigenze che si presenteranno nel corso dell'attività produttiva». È appena il caso di sottolineare che ciò vale sempre in assenza della contrattazione collettiva.

(48) Ancora R. Voza, *La destrutturazione del tempo di lavoro*, cit., p. 246, mette in evidenza che si tratta di una tutela piuttosto debole, in quanto se un datore di lavoro è in grado di imporre al lavoratore il patto flessibile o elastico «...è anche in grado di ottenere che il lavoratore non formuli la richiesta di essere assistito».

(49) S. Bellomo, *Le innovazioni del d.lgs. 10 settembre 2003*, n. 276, cit., p. 943, giustamente afferma che la tesi della derogabilità bilaterale del termine di preavviso darebbe luogo a un contrasto della norma in questione con il principio sancito dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 210 del 1992 che impone la presenza di un adeguato margine di programmabilità dei tempi a favore del prestatore di lavoro.

re, e cioè che le previsioni legali, in sostanza, esortano la contrattazione collettiva a intervenire, per evitare che gli spazi regolativi vengano lasciati all'autonomia individuale.

Ricostruita la disciplina, occorre fare alcune considerazioni. In assenza della contrattazione collettiva, la posizione del lavoratore a tempo parziale con un *part-time* orizzontale appare abbastanza delicata. Per svolgere lavoro supplementare o per sottoscrivere una clausola flessibile è sì richiesto il suo consenso, ma questo va prestato in mancanza di una reale assistenza sindacale. La debolezza della tutela è assai evidente se a ciò si aggiunge che, senza contrattazione collettiva, non esistono neanche limiti stringenti al lavoro supplementare e al contenuto del patto e che, una volta siglata la clausola di variabilità, il consenso è prestato una volta per tutte, cosicché essa va rispettata o rinegoziata. Si può forse solo aggiungere che il rifiuto del lavoratore, in caso di apposizione di clausole temporali, è consentito, ma è protetto esclusivamente nel senso che esso non integra gli estremi del giustificato motivo di licenziamento. Ne deriva che non esistono nemmeno margini per sostenere la tesi, cui si è fatto cenno a proposito del lavoro supplementare, in base alla quale la cessazione del rapporto di lavoro sarebbe esclusa anche nell'ipotesi di sanzioni disciplinari reiterate (50).

Inoltre, da quanto detto in precedenza si evince che il lavoro eccedente l'orario concordato è regolato in maniera differente nel *part-time* orizzontale, da un lato, e in quello verticale e misto, dall'altro. Nel primo caso, assume la forma del lavoro supplementare, mentre nel secondo quella della clausola elastica. È facile sottolineare che i due istituti presentano maggiori affinità in assenza della contrattazione collettiva. In questa eventualità, infatti, è richiesto il consenso sia del lavoratore a tempo parziale orizzontale a svolgere il lavoro supplementare, sia del lavoratore a tempo parziale verticale o misto a sottoscrivere la clausola di elasticità. Se invece la contrattazione collettiva regola i due istituti, nel caso del lavoro supplementare, praticamente non è più richiesto il consenso individuale (fatta salva la blanda protezione del rifiuto), mentre, nell'ipotesi delle clausole elastiche, al consenso individuale si affianca la tutela collettiva. Insomma, in mancanza della contrattazione collettiva, la protezione dei lavoratori, in entrambi i casi, è ridotta.

È interessante valutare se la contrattazione collettiva ha adottato un comportamento diversificato, nel senso di disciplinare il lavoro supple-

(50) Cfr., *supra*, par. 2.1.

mentare e non le clausole elastiche oppure viceversa. Se qualche contratto avesse optato, ad esempio, per una regolamentazione del solo lavoro supplementare, avrebbe riequilibrato la tutela dei lavoratori nel *part-time* orizzontale e in quello verticale o misto, anche se, ovviamente, verso il basso, mancando di cogliere l'occasione di prevedere una maggiore protezione nella disciplina delle clausole elastiche. Se, invece, si riscontrasse un atteggiamento opposto, il lavoratore che stipula una clausola elastica avrebbe, probabilmente, una protezione maggiore del prestatore di lavoro a tempo parziale orizzontale, con la conseguenza di prevedere una regolamentazione differente di situazioni, di fatto, simili.

2.4. — *La disciplina collettiva delle clausole temporali* — Con riferimento alle *clausole flessibili* e alle *clausole elastiche*, quasi tutti i contratti collettivi analizzati hanno disciplinato gli aspetti della regolamentazione sui quali esiste un espresso rinvio del legislatore: condizioni e modalità di apposizione delle clausole e limiti massimi di variabilità in aumento della durata della prestazione lavorativa, diritto al preavviso e diritto a specifiche compensazioni. In particolare, è da segnalare che alcuni contratti interpretano in senso ampio le condizioni di apposizione delle clausole, prevedendo che la variazione della durata e/o della collocazione temporale della prestazione possa avvenire per comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive (51). In tal modo, quindi, è possibile apporre le clausole attinenti al profilo temporale per un'ampia gamma di motivazioni. Per quanto riguarda il preavviso, la gran parte dei contratti esaminati non si discosta dal termine di due giorni previsto dal legislatore del 2003, dimostrando così che esso era da intendersi come minimo, ma non cogliendo quasi mai l'occasione di prevedere un termine più lungo, in grado di garantire una maggiore protezione degli interessi del lavoratore (52).

È opportuno soffermarsi sul recupero contrattuale del *diritto di ripensamento*, cioè sulla possibilità, prevista dall'originaria versione del d.lgs. n. 61/2000, di denunciare, a determinate condizioni e con il rispetto di termini ben precisi, il patto temporale. Molti contratti reintroducono quanto il legislatore del 2003 aveva abrogato, prevedendo che il lavoratore può negare la propria disponibilità alla variazione dell'orario

(51) Consorzi di bonifica, Imprese della distribuzione cooperativa e Panificatori del 19 luglio 2005.

(52) Fa eccezione il c.c.n.l. Plastica e gomma del 16 settembre 2005 che prevede un preavviso di almeno 7 giorni.

(53), sospendere temporaneamente l'efficacia della pattuizione delle clausole elastiche e flessibili (54) oppure, più esplicitamente, denunciare il patto stesso (55). Quel che più conta, in quest'ultimo caso, è che non solo viene reintrodotta la possibilità di denuncia del patto, ma le ipotesi in cui tale diritto può essere esercitato sono spesso simili a quelle legalmente previste nel 2000. La denuncia, infatti, è possibile per gravi esigenze di carattere familiare, per esigenze certificate di tutela della salute, per la necessità di svolgere altra prestazione lavorativa autonoma o subordinata e per l'espletamento di attività di studio e formazione (56). A questi si aggiungono, di volta in volta, altri casi, come, ad esempio, l'assistenza di parenti portatori di *handicap* o affetti da patologie oncologiche, l'affidamento di minori in età scolare (57).

Un altro ambito di intervento della contrattazione collettiva, nel quale la fonte autonoma si è conquistata spazi che la legge non le riservava preventivamente, è rappresentato dalle previsioni, cui si è già fatto riferimento a proposito del lavoro supplementare, in base alle quali il rifiuto del ricorso alle clausole di variabilità non integra né gli estremi del giustificato motivo di licenziamento (come confermato dal legislatore del 2003), né un'infrazione disciplinare (e questa, anche per le clausole elastiche e flessibili, è una novità).

Sono, invece, da ridimensionare gli interrogativi prima sollevati in tema di regolamentazione contrattuale esclusiva del lavoro supplementare e non delle clausole temporali o viceversa. Dall'analisi della contrattazione collettiva emerge, infatti, che, in genere, vengono disciplinati da questa fonte sia il lavoro supplementare, sia le clausole temporali, così riducendo di molto la portata del pericolo prima paventato, ovvero sia quello di una regolamentazione differente di situazioni simili (58).

(53) C.c.n.l. Consorzi di bonifica.

(54) C.c.n.l. Lavoratori dei porti del 4 marzo 2005.

(55) C.c.n.l. Cooperative sociali del 26 maggio 2004.

(56) Addirittura il c.c.n.l. Panificatori del 2005, pur modificando le regole in tema di *part-time*, lascia immutato, per quanto riguarda il diritto di ripensamento, il riferimento al vecchio comma 10 dell'art. 3, d.lgs. n. 276/2003, che prevedeva le ragioni per esercitare quel diritto.

(57) V., ad esempio, il c.c.n.l. Imprese della distribuzione cooperativa.

(58) Dei contratti collettivi presi in esame, soltanto quelli Lapidei Confindustria del 13 maggio 2004 e Metalmeccanici regolamentano le clausole elastiche e flessibili, non facendo alcun cenno al lavoro supplementare. Il c.c.n.l. Agenzie marittime raccomandatarie del 17 marzo 2004 disciplina, invece, esclusivamente il lavoro supplementare.

La materia delle clausole attinenti al profilo temporale dà anche l'occasione di fare un rapido accenno alla tematica dei margini d'azione della contrattazione collettiva decentrata. Il c.c.n.l. del Commercio terziario del 2 luglio 2004 rinvia al secondo livello di contrattazione prevedendo solo alcune (poche) regole a livello nazionale. È probabile quindi che il livello decentrato di contrattazione potrà svolgere un ruolo non marginale nella regolamentazione di quelle clausole e che, qualora il contratto nazionale continuasse a non disciplinare direttamente determinati istituti, per i quali è fatto rinvio alla fonte collettiva, sarà proprio il livello aziendale a integrare la disciplina di fonte legale.

2.5. — *Alla conquista della protezione perduta?* — La contrattazione collettiva in tema di *part-time* successiva alla riforma del 2003 ha utilizzato molte delle armi a sua disposizione per cercare di riconquistare terreno rispetto all'autonomia individuale, alla quale l'art. 46 d.lgs. n. 276/03 ha assegnato spazi più ampi rispetto al passato. Ciò è stato realizzato intervenendo quasi sempre a livello nazionale, ma c'è da immaginare che avverrà anche sul piano decentrato sia in virtù di rinvii previsti dal legislatore, sia, soprattutto, sfruttando l'opportunità della fonte collettiva di integrare la disciplina legale anche in assenza di rinvii espressi. Per cui, si può superare il timore di chi ha affermato, in sede di discussione della riforma e all'indomani della sua approvazione, che il ruolo dell'autonomia individuale avrebbe quanto meno costituito un disincentivo alla contrattazione collettiva (59), oppure che sarebbe stata un'operazione difficile, se non impossibile, quella di limitare o addirittura precludere il ricorso alle misure di flessibilità attraverso la fonte contrattuale (60).

Come già accennato, è innegabile che la nuova disciplina legale del rapporto di lavoro a tempo parziale abbia, allo stesso tempo, rafforzato la posizione contrattuale dei singoli datori di lavoro e delle loro organizzazioni e indebolito quella delle rappresentanze dei lavoratori «alle quali è sottratta una risorsa negoziale fondamentale: [almeno...minacciare]

(59) T. Treu, *Intervento* alla seduta n. 182 della Commissione lavoro, previdenza sociale (11a), 17 luglio 2003, resoconto sommario in www.senato.it. D'altronde, sebbene con riferimento a tutti gli istituti regolamentati dal d.lgs. n. 276/2003, M. Napoli, *Autonomia individuale e autonomia collettiva delle più recenti riforme*, in Aa.Vv., *Autonomia individuale e autonomia collettiva*, cit., p. 45, aveva affermato che «l'intervento legislativo può essere criticato per eccesso di rinvio e non certo per mancanza di rispetto della contrattazione collettiva».

(60) L. Bellardi, *Dalla concertazione al dialogo sociale: scelte politiche e nuove regole*, in *LD*, 2004, pp. 208-209.

di non sottoscrivere alcun contratto a condizioni ritenute inaccettabili, in modo da impedire così l'applicazione e l'utilizzazione delle misure di flessibilità» (61). Tuttavia, nonostante questi ostacoli, una regolamentazione negoziale del *part-time* si è sviluppata e non è neppure confinata in alcuni settori merceologici, segnale, questo, che, forse, nemmeno la controparte datoriale sentiva la necessità di una nuova disciplina che riducesse le garanzie previste per i lavoratori.

Nel merito delle scelte contrattuali, si avverte con nettezza il tentativo di ripristinare in alcuni ambiti, ove possibile, lo schema regolativo della versione originaria del decreto n. 61, spostando in questo modo il baricentro della disciplina più verso la tutela del lavoratore a tempo parziale nel rapporto che verso la flessibilizzazione del medesimo rapporto di lavoro, sulla quale aveva puntato il legislatore del 2003. Oltre a quanto detto finora, è opportuno soffermarsi su due ultimi ambiti regolativi, entrambi emblematici, ancora una volta, del ruolo della contrattazione collettiva nel ripristinare garanzie rimosse dal legislatore. È il caso delle previsioni che reintroducono il *computo dei lavoratori* con contratto *part-time* come unità intere ai fini dei diritti sindacali previsti dallo Statuto dei lavoratori (c.c.n.l. lavoratori porti) e del ripristino, almeno in parte, dei *diritti di precedenza* nella trasformazione da tempo pieno a tempo parziale o viceversa. Con riferimento a quest'ultimo aspetto sono diverse le norme contrattuali che prevedono il diritto alla trasformazione temporanea da *full time* a *part-time* nell'ambito di percentuali determinate e per ragioni specifiche (ad es. la cura dei figli), oppure un diritto di informazione in capo al datore di lavoro e a vantaggio dei *full-timers*, nel caso di nuove assunzioni a tempo parziale in unità produttive site nel medesimo Comune, e un diritto di prendere in considerazione in primo luogo le domande di trasformazione dei lavoratori già assunti.

Oggettivamente, permangono segnali in contrasto con questa tendenza, come, ad esempio, in tema di causali per la stipulazione delle clausole elastiche e flessibili e di termini per la denuncia delle medesime clausole. Rimane fermo che molte delle previsioni (soprattutto in materia di compensazioni per il lavoro supplementare e per l'elasticità del *part-time*, ma pure di benefici normativi alla trasformazione del rapporto) se sono una garanzia per il lavoratore, sono disincentivanti per i datori di lavoro e non vanno certo nella direzione auspicata con l'ultima riforma. L'impressione tuttavia è che la regolamentazione legale del

(61) Così L. Bellardi, *Dalla concertazione al dialogo sociale*, cit., p. 209.

part-time, integrata da quella contrattuale, abbia perso molti dei connotati originari e che la fonte collettiva abbia ripristinato una parte di quella disciplina che l'art. 46, d.lgs. n. 276/2003, aveva giudicato in contrasto con le esigenze di flessibilità (62).

Insomma, la contrattazione collettiva sembra aver assunto «un ruolo di controllo del comportamento dell'impresa sul mercato del lavoro, [...] riducendo la distanza fra le condizioni di lavoro di lavoratori e lavoratrici non *standard* rispetto a quelli *standard*». È questo «un atteggiamento tradizionale, per certi aspetti di "resistenza" alla flessibilità del lavoro, ma che può trovare una giustificazione nel tentativo di contenere il ricorso strumentale» (63) a tale fattispecie negoziale.

3. — *Alcune questioni teoriche. In particolare, la tutela del lavoratore a tempo parziale nel rapporto e nel mercato* — La scelta della contrattazione collettiva di rendere più difficoltosa la flessibilità del lavoro e di accrescere i costi per le imprese probabilmente sarà in grado «...di ridurre i casi di "flessibilità non necessaria", ma ne diminuisce, allo stesso tempo, l'impatto positivo sull'occupazione» (64).

Proprio partendo da quest'ultima considerazione, è possibile scendere più in profondità e fare delle riflessioni di carattere generale, sempre mantenendo al centro del discorso il ruolo della contrattazione collettiva nella regolamentazione del rapporto di lavoro a tempo parziale.

Prima di esaminare la disciplina, legale e contrattuale, del *part-time* sotto il profilo dell'incentivazione dell'occupazione, occorre fare un'osservazione abbastanza scontata, ma fondamentale dal punto di vista teorico: certamente non si può equiparare la disciplina di fonte legale a quella di fonte contrattuale. Non è, cioè, indifferente che le disposizioni a tutela del lavoratore non siano più contenute nel d.lgs. n. 61/2000, ma in alcuni contratti collettivi nazionali. Le previsioni negoziali non hanno carattere generale, e quindi non sono applicabili a tutti i settori, con il rischio di dare luogo a una difformità di tratta-

(62) In tal senso, v. anche S. Bellomo, *Le innovazioni del d.lgs. 10 settembre 2003*, n. 276, cit., p. 951.

(63) R. Pedersini, *Flessibilità del lavoro e contrattazione collettiva*, in *QRS*, 2005, n. 5, p. 130.

(64) Ancora R. Pedersini, *Flessibilità del lavoro*, cit., p. 130; v. anche G. P. Cella, *Lavoro e contrattazione. Cosa cambia con il lavoro non standard?*, in *DRI*, 2005, pp. 35 ss.

mento fra lavoratori a tempo parziale, a seconda che il sindacato abbia avuto oppure no la forza sufficiente per imporre le clausole contrattuali che prevedono una maggiore tutela del prestatore di lavoro.

Inoltre, la contrattazione collettiva interna non può giocare alcun ruolo nella valutazione della conformità della normativa italiana alla direttiva comunitaria. Si deve ricordare, infatti, che il contratto collettivo, così come disciplinato dall'ordinamento italiano, non può essere utilizzato per attuare la direttiva comunitaria, poiché manca dell'efficacia generale che è richiesta per l'implementazione delle norme contenute in quella fonte (65). Si è detto che la contrattazione collettiva reintroduce parte delle disposizioni abrogate dal legislatore del 2003, riavvicinando, in alcuni settori, la regolamentazione del *part-time* a quanto previsto dall'originaria versione del d.lgs. n. 61/2000, della cui conformità alla disciplina comunitaria, in dottrina, pochi avevano dubitato (66).

Modificata la regolamentazione del 2000, si può mettere in dubbio la conformità della attuale disciplina italiana ad alcune delle norme europee; conformità che rimane tutta da valutare anche se la contrattazione collettiva è intervenuta in materia. L'unico modo per prendere in considerazione la normativa di fonte contrattuale, nella valutazione del rispetto della direttiva, sarebbe stato quello di prevedere esplicitamente l'implementazione tramite contrattazione collettiva, garantendo per legge o per regolamento (interno), a quella fonte, l'efficacia generalizzata richiesta dall'ordinamento europeo (67). Non essendosi fatta questa scelta, gli accordi collettivi successivi al d.lgs. n. 276/2003 possono avere, nei fatti, riequilibrato la disciplina sul lavoro a tempo parziale, ma, a rigore, ciò è ininfluente ai fini del rispetto delle norme comunitarie.

D'altronde, seppure la contrattazione collettiva avesse avuto efficacia *erga omnes*, i termini della questione non sarebbero mutati, in quanto l'ordinamento sopranazionale richiede l'applicazione genera-

(65) Sul punto, v. per tutti A. Adinolfi, *The implementation of social policy directives through collective agreements?*, in *Comm. Market Law Rev.*, 1988, n. 25, pp. 291 ss.

(66) M. Biagi, *Competitività e risorse umane: modernizzare la regolazione dei rapporti di lavoro*, in *RIDL*, 2001, I, p. 275, ha parlato di una «trasposizione infedele dell'intesa raggiunta dalle parti sociali in sede comunitaria».

(67) V. M. D'Antona, *Il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione, oggi*, in *DL-RI*, 1998, pp. 665 ss.; A. Lo Faro, *Funzioni e finzioni della contrattazione collettiva comunitaria*, Giuffrè, Milano, 1999, pp. 217 ss.

lizzata delle norme attuative, non essendo sufficiente che queste siano confinate soltanto in alcuni settori merceologici, per cui, a tal fine, sarebbe stato legittimo solo un accordo interconfederale di applicazione generale in materia di *part-time*.

È necessario adesso passare alla relazione fra riforma del *part-time* e incentivazione dell'occupazione – ancora non esaminata approfonditamente, ma sottesa a tutta l'analisi – che, sempre dall'angolo visuale del rapporto fra legge e contrattazione collettiva, si intreccia a filo doppio con il profilo della comparazione dei trattamenti.

Come si è messo in evidenza, l'art. 46 del d.lgs. n. 276/2003 ha inciso profondamente sulla regolamentazione di questo rapporto di lavoro, a distanza di meno di tre anni dalla precedente riforma, che pure aveva variato la disciplina degli anni ottanta. La contrattazione collettiva successiva alle ultime modifiche legali ha reintrodotto, in alcuni casi, le regole abrogate dal legislatore del 2003 e, a tal proposito, ci si domanda se sia mutato il rapporto fra la legge e la regolamentazione contrattuale. In altre parole, si può affermare che la regolamentazione autonoma della quale si è finora parlato è più favorevole rispetto a quella eteronoma? È possibile effettuare il raffronto fra la disciplina legale e quella contrattuale utilizzando i tradizionali criteri di comparazione?

Va subito chiarito che, in questa sede, non si intende affrontare la questione della sussistenza di un principio generale di *favor* del lavoratore nel rapporto fra fonti eteronome e autonome (68). Piuttosto, va considerato che l'indagine dei rinvii del d.lgs. n. 61/2000 alla contrattazione collettiva rivela come il rapporto legge/contrattazione collettiva sembra essere fondato sul meccanismo della derogabilità *in melius*/inderogabilità *in peius*, in quanto la legge attribuisce alla contrattazione collettiva il compito di introdurre previsioni migliorative, come nel ca-

(68) Per la tesi, risalente agli anni sessanta del secolo scorso, della sussistenza di un principio generale di questo tipo, v. A. Cessari, *Il «favor» verso il prestatore di lavoro subordinato*, Franco Angeli, Milano, 1966, ristampato nel 1983, spec. cap. I; V. Simi, *Il favore dell'ordinamento giuridico per i lavoratori*, Giuffrè, Milano, 1967, spec. pp. 8 ss. e 95 ss. Negli anni ottanta, in particolare, si assiste al superamento «di un orientamento della legge e della giurisprudenza dominato quasi esclusivamente dal principio di favore nei confronti dei lavoratori [...] come singoli...» (G. Giugni, *Il diritto del lavoro negli anni '80*, in *DLRI*, 1982, pp. 373 ss., e ora in G. Giugni, *Lavoro legge contratti*, Il Mulino, Bologna, 1989, p. 300), considerato che il diritto del lavoro di quel periodo si è mosso lungo alcune linee evolutive, quali: l'introduzione di norme inderogabili *in melius*, come quelle del d.l. n. 12/1977 sul costo del lavoro o l'art. 1, comma 1, legge n. 297/1982; l'introduzione di tecniche di deroga *in peius* da parte dell'autonomia col-

so del lavoro supplementare e delle clausole temporali (69). Ciò sempre che la comparazione dei trattamenti sia effettuata avendo riguardo all'incremento della protezione del lavoratore nel rapporto di lavoro. L'argomento è decisivo perché se, al contrario, si dovesse accertare la presenza di un altro criterio di comparazione, fondato sulla tutela del lavoratore nel mercato (70), ci sarebbero inevitabili ripercussioni anche sulla stessa regola dell'inderogabilità unilaterale.

lettiva, allo scopo di attenuare vincoli considerati insostenibili, come l'art. 1, d.l. n. 80/1978, l'art. 4-bis del d.l. n. 795/1978, e la legge n. 36/1979, riguardanti le conseguenze delle riconversioni, ristrutturazioni o crisi aziendali (Giugni, *Il diritto del lavoro negli anni '80*, cit., pp. 319 ss.). Anche R. De Luca Tamajo, *Leggi sul costo del lavoro e limiti all'autonomia collettiva*, in R. De Luca Tamajo, L. Ventura (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'emergenza*, Jovene, Napoli, 1979, spec. p. 152, rileva come il principio di favore per il lavoratore subordinato abbia ricevuto uno scossone dalla normativa sul costo del lavoro. C'è pure chi (G. Prosperetti, *L'efficacia dei contratti collettivi*, cit.) ritiene che gli interventi del legislatore dell'emergenza possano rappresentare piuttosto la «...paradossale conferma di un principio che, per essere superato in ordine a specifiche materie, richiede un apposito intervento legislativo» (p. 122). G. Ferraro, *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamica contrattuale di tutela*, Giuffrè, Milano, 1981, metteva in guardia dal ricostruire principi generali, fra i quali quello del *favor*, «...aventi una portata costante e permanente, anziché considerarli quali meccanismi tecnici di regolamentazione dei fenomeni sociali che presentano una validità e una giustificazione strettamente correlata alla fase storica in cui vengono emanati e ai complessi normativi cui si riferiscono» (p. 242). Critico sulla vigenza di un generale principio di *favor* è anche M. Rusciano, *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, Utet, Torino, 2003, pp. 82 ss., secondo il quale esso «si traduce in un fattore di instabilità di ogni assetto collettivamente definito di interessi, estraneo alla logica di un moderno sistema di relazioni industriali e all'attuale concezione del diritto del lavoro» (p. 84). È da segnalare, però, che il tema si rivela ancora attuale: recentemente, un'autorevole dottrina (R. Scognamiglio, *Rapporto di lavoro e contratto*, in *ADL*, 2005, pp. 675 ss.) ha confermato la sussistenza di una «...congenita debolezza economica e sociale in cui il lavoratore versa, principalmente sul diverso piano della tutela...» (p. 700), che, in ultima analisi, dà luogo alla «...concessione di più favorevoli condizioni di trattamento economico e normativo del lavoratore» (p. 701).

(69) Si rammenti solo che la contrattazione collettiva ha, fra l'altro, il compito di stabilire il numero massimo e le causali del ricorso al lavoro supplementare (art. 3, comma 2, d.lgs. n. 61/2000) e, con riguardo alle clausole temporali, quello di prevedere le condizioni e le modalità di apposizione di quei patti, e, soprattutto, i limiti massimi di variabilità in aumento della durata della prestazione lavorativa (art. 3, comma 7). In materia di clausole elastiche e flessibili va ricordato anche che l'art. 3, comma 8, prevede che la collocazione temporale o la durata della prestazione possano essere variate dal datore di lavoro con un preavviso al lavoratore di *almeno* due giorni lavorativi.

(70) D'altronde, già R. De Luca Tamajo, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1976, segnalava, anche se in un contesto diverso, «l'opportunità

Si tenga conto che la relazione tra fonte eteronoma e autonoma è intrinsecamente legata alla *ratio* legislativa, «la quale si *presume* volta a tutelare [...] la posizione di sostanziale debolezza contrattuale del lavoratore subordinato come singolo» (71). In sostanza, la funzione del contratto collettivo è quella di migliorare il livello legale di tutela dei lavoratori, poiché questo è l'obiettivo che *generalmente* si prefigge il legislatore ordinario. Ma, appunto, si tratta di una presunzione, per cui occorre valutare se tale principio possa essere messo in discussione nell'ipotesi in cui la *ratio legis* sia differente.

L'occasione per un'indagine di questo tipo è data dal fatto che le modifiche apportate nel 2003 hanno un preciso obiettivo che il legislatore si preoccupa di indicare espressamente nella legge. Infatti, l'art. 3, comma 1, legge n. 30/2003, ha delegato il governo a emanare norme volte a promuovere il ricorso al *part-time* «...quale tipologia idonea a favorire l'incremento del tasso di occupazione...», privilegiando, a prima vista, proprio la tutela del lavoratore nel mercato, piuttosto che la protezione all'interno del rapporto di lavoro a tempo parziale (72). Sembra essere questa la *ratio* anche alla base dell'art. 46 del d.lgs. n. 276/2003.

Inoltre, una ricostruzione legata alla tutela del lavoratore come attore del mercato del lavoro non contrasterebbe nemmeno con la lettera di altre norme. Tornando alle ipotesi del lavoro supplementare e delle clausole temporali, infatti, l'indicazione dei limiti massimi di ricorso a questi istituti potrebbe essere intesa in un duplice modo: se prevalesse una concezione tradizionale dei trattamenti migliorativi, questi tetti dovrebbero essere piuttosto bassi, tali da tutelare il lavoratore come soggetto titolare di un rapporto di lavoro a tempo parziale; se invece dovesse affermarsi la tesi della protezione del lavoratore come attore del mercato e, quindi, dell'incentivazione dell'occupazio-

di riconsiderare i parametri generalmente utilizzati nella ricerca del "maggior favore" tra la disciplina legislativa e quella collettiva» (p. 144).

(71) Così M. Rusciano, *Contratto collettivo*, cit., p. 82. V. anche G. Prosperetti, *L'efficacia dei contratti collettivi*, cit., p. 123.

(72) V. pure l'art. 1, d.lgs. n. 276/2003, secondo il quale le norme in esso contenute «si collocano nell'ambito degli orientamenti comunitari in materia di occupazione e di apprendimento permanente e sono finalizzate ad aumentare [...] i tassi di occupazione...». Anche A. Lassandari, *La tutela collettiva nell'età della competizione economica globale*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, Cedam, Padova, 2005, pp. 971 ss., afferma che, con questa norma, «l'intento di riduzione del tasso di disoccupazione, sottolineato per anni, è stato [...] "scalzato" [...] dall'obiettivo di aumento del tasso di occupazione» (p. 991).

zione, la contrattazione collettiva potrebbe fissare gli stessi massimali in misura più elevata, sì da incentivare i datori di lavoro a ricorrere alla fattispecie contrattuale in questione.

Ci si domanda, poi, se nell'ipotesi specifica del *part-time*, la *ratio legis* di incentivazione dell'occupazione sarebbe valida solo per le norme del d.lgs. n. 61/2000, modificate dal d.lgs. n. 276/2003, oppure si estenderebbe all'intera disciplina del rapporto di lavoro in oggetto. È un aspetto importante se si considera che, sempre qualora dovesse prevalere la tesi della tutela del lavoratore nel mercato, la contrattazione collettiva potrebbe essere stata autorizzata a intervenire sui rinvii legislativi, e anche *motu proprio* (73), introducendo delle previsioni peggiorative, nell'ottica della tutela del lavoratore *uti singulus*, ma migliorative nella prospettiva dell'incremento occupazionale.

A questo punto, però, occorre fare alcune precisazioni.

La prima riguarda la possibilità che, in tale circostanza, il legislatore possa prevedere liberamente una *ratio legis* diversa da quella di tutela del lavoratore, facendo pendere il baricentro regolativo verso l'incentivazione dell'occupazione. La questione è fondata se si rammenta che con la riforma del lavoro a tempo parziale del 2003 viene (ri)attuata la Direttiva comunitaria n. 97/81, che non considera l'incentivazione all'utilizzo del rapporto in oggetto l'unico obiettivo da implementare negli ordinamenti interni, ma ne prevede altri – quali il bilanciamento fra gli interessi dei lavoratori e dei datori di lavoro, la volontarietà del rapporto, la non discriminazione e la parità di trattamento – che vanno necessariamente coniugati con il principio di incentivazione del *part-time*. Pertanto, nel valutare la *ratio legis* interna, occorre prendere in considerazione anche la disciplina europea che quella legislazione intende trasporre. D'altronde, proprio in questo caso, vale il principio dell'interpretazione conforme, in base al quale occorre sempre privilegiare l'esegesi più aderente al diritto comunitario, anche disattendendo la volontà politica del legislatore nazionale (74).

(73) V. F. Liso, *Autonomia collettiva e occupazione*, in *DLRI*, 1997, che mette in evidenza come il sindacato potrebbe tener conto anche autonomamente della questione occupazionale. Secondo questo Autore, infatti, «ad esempio, per quanto sia di improbabile accadimento, il sindacato [attraverso gli accordi in tema di licenziamenti collettivi] ben potrebbe decidere di accettare un'operazione di riduzione del personale più dolorosa, nella prospettiva di risultati occupazionali di segno positivo in futuro» (p. 285).

(74) V., da ultimo, M. Roccella, *Le fonti e l'interpretazione nel diritto del lavoro: l'incidenza del diritto comunitario*, in *Dir. lav. merc.*, 2006, in corso di pubblicazione. Tale

Alla stessa conclusione si può arrivare prescindendo dalla direttiva comunitaria. Infatti, l'art. 1 del d.lgs. n. 276/2003 bilancia l'incentivazione dell'occupazione con il riferimento agli orientamenti comunitari, che certamente non spingono nella direzione di un incremento occupazionale a tutti i costi, ma, soprattutto, con la disposizione in base alla quale le norme del decreto delegato sono volte altresì a «promuovere la qualità e la stabilità del lavoro...» attraverso contratti «...compatibili con le esigenze delle aziende e le aspirazioni dei lavoratori» (75).

Per quanto riguarda il lavoro a tempo parziale, non può pertanto dirsi, a ben guardare, che la *ratio legis*, risultante dalle disposizioni comunitarie e da quelle nazionali, sia mutata rispetto alla consueta tutela del lavoratore nel rapporto di lavoro. Sicché, non può nemmeno pensarsi a un condizionamento della contrattazione collettiva diverso rispetto a quello tradizionale, a un mutamento della modalità di comparazione dei trattamenti fra legge e contratto collettivo e, in ultima analisi, a uno stravolgimento della regola della inderogabilità unilaterale.

In secondo luogo, occorre mettere in evidenza che il confronto delle discipline con riguardo alla promozione dell'occupazione presenterebbe un importante elemento di incertezza, rappresentato dalla necessità di una verifica, che, per essere effettiva, deve avvenire, generalmente, *ex post*. Mentre, infatti, il raffronto in merito alla protezione del lavoratore nel rapporto è realizzabile immediatamente, non altrettanto può dirsi per la promozione dell'occupazione, potendo accadere che le congetture possano essere smentite al momento del riscontro dei dati concreti.

C'è però un ambito nel quale l'incentivazione dell'occupazione è oggettivamente verificabile. Si tratta dell'accesso al lavoro a tempo parziale e, in particolare, della possibilità, da parte della contrattazione collettiva, di contingentarne il ricorso. Infatti, l'individuazione di limiti percentuali in un determinato settore per la stipulazione di contratti *part-*

Autore considera emblematico il caso del contratto a tempo determinato, in quanto le prime sentenze in materia hanno dimostrato come emerga un orientamento «in favore della persistenza della regola dell'assunzione a tempo indeterminato, malgrado fosse documentabile che la volontà del legislatore (nazionale) era stata proprio quella di spogliare l'assunzione a termine di ogni carattere di eccezionalità». Insomma, è prevalsa un'interpretazione conforme alla regola della Direttiva n. 99/70, secondo la quale, appunto, il contratto di lavoro «normale» è a tempo indeterminato, rispetto alla regolamentazione contenuta nel d.lgs. n. 368/2001.

(75) È appena il caso di sottolineare che questa conclusione, in quanto fondata sull'art. 1 del d.lgs. n. 276/2003, vale per tutti gli istituti regolamentati dallo stesso decreto legislativo.

time è sfavorevole al lavoratore come soggetto che opera sul mercato, nel senso che è evidente che ciò riduce le possibilità di occupazione a tempo parziale. Invece, il contingentamento delle ipotesi di trasformazione da tempo pieno a tempo parziale sarebbe, in quest'ottica, perfettamente legittimo, perché non si tratterebbe di previsioni contrattuali che impediscano nuova occupazione *part-time*, ma solo di disposizioni che riguardano lavoratori già assunti, sebbene con un rapporto di lavoro a tempo pieno.

A dire il vero, le clausole che contingentano il primo accesso al *part-time*, contenute nei contratti collettivi, potrebbero essere considerate illegittime, non in quanto più sfavorevoli al lavoratore rispetto alle disposizioni legali, ma in virtù di un loro diretto contrasto con le norme di fonte eteronoma (76). L'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 61/2000 prevede che «...nel rapporto di lavoro subordinato l'assunzione può avvenire a tempo pieno o a tempo parziale...», così garantendo la «pari dignità» fra *full-time* e *part-time* richiesta dalla stessa Direttiva n. 97/81, volta, fra l'altro, ad assicurare «la soppressione delle discriminazioni nei confronti dei lavoratori a tempo parziale» (77), che potrebbero derivare proprio da una disparità di trattamento nell'accesso al rapporto di lavoro in questione.

Nonostante quanto fin qui affermato, la disciplina del contratto di lavoro a tempo parziale rimane, a ogni modo, un ottimo banco di prova per l'analisi della tenuta di nuove forme di comparazione dei trattamenti. Ad esempio, sarà interessante osservare se, rispetto al passato, si verificherà un maggiore incremento dell'occupazione in settori nei quali la regolamentazione legale del *part-time* è stata poco integrata da quella contrattuale, oppure in quelli nei quali la fonte collettiva è intervenuta in maniera cospicua, rafforzando la tutela dei lavoratori. I dati di questa indagine saranno utili anche a comprendere se l'incremento dell'occupazione è così strettamente legato alla riduzione delle tutele, oppure se, al contrario, soprattutto per un rapporto di lavoro come il *part-time*, l'appetibilità del contratto è data pure dalle garanzie riconosciute al lavoratore e non solo dall'incentivazione sul versante datoriale. Si tenga conto che nei settori nei quali le tutele sono state rafforzate (e/o ripristinate) contrattualmente, la regolamentazione ha avuto, è appena il caso di dirlo, l'avallo delle associazioni rappresentative dei datori di lavoro, e-

(76) V. anche P. Passalacqua, *Autonomia collettiva*, cit., p. 185; M. Miscione, *Nessun limite per il lavoro a tempo parziale*, in *DPL*, 2000, pp. 3065 ss.; contra, Mazzioti, *Limiti alla flessibilità*, in *Lav. giur.*, 2001, p. 1117.

(77) Clausola 1, lett. a, Direttiva n. 97/81/Ce.

videntemente anch'esse convinte che l'incentivazione dell'occupazione non debba passare necessariamente per una diminuzione delle tutele del lavoratore nell'esecuzione del rapporto.

4. — *Disciplina «privatistica» del part-time nel pubblico impiego e contrattazione collettiva* — L'art. 46 del d.lgs. n. 276/2003, per espressa previsione dell'art. 3 della legge n. 30/2003 e dell'art. 1 dello stesso decreto n. 276, non si applica al pubblico impiego. Sicché è importante stabilire le «sorti» della precedente versione del decreto sul *part-time*, prima della riforma del 2003 concernente i lavoratori privati e pubblici, sebbene per questi ultimi l'applicazione di quelle norme non fosse integrale (78). In pratica, si tratta di indagare se l'art. 46 produce un'abrogazione totale o parziale delle norme del d.lgs. n. 61/2000 che modifica o sostituisce. Non è equivalente, infatti, accogliere una soluzione piuttosto che l'altra, in quanto, se prevale la soluzione dell'abrogazione parziale, e quindi al pubblico impiego continua ad applicarsi il vecchio testo del decreto n. 61, la contrattazione collettiva potrà intervenire solo entro gli spazi a essa assegnati dalla disciplina legale precedente al 2003. Se invece si accede alla tesi della abrogazione totale – per cui nel pubblico impiego si applica una versione «minimale» del d.lgs. n. 61/2000, cioè quella caratterizzata dalla presenza dei vuoti normativi prodotti dall'abrogazione – la contrattazione collettiva sarebbe libera di prevedere regole in tema, ad esempio, di lavoro supplementare o clausole elastiche senza alcun vincolo legale. È pur vero che, per il funzionamento dei due istituti da ultimo menzionati, la contrattazione collettiva conserva comunque un ruolo importante. In sua assenza, infatti, sia se vige la vecchia disciplina legale, sia se si propende per la presenza del vuoto normativo, non è possibile ricorrere immediatamente né alle clausole elastiche, né al lavoro supplementare: nella prima eventualità, perché sarebbe comunque necessaria l'autorizzazione della fonte autonoma richiesta sempre in quei casi dalla precedente versione del decreto n. 61; nella seconda, perché mancherebbe qualsiasi regolamentazione, anche se in quest'ultima ipotesi i margini di azione della contrattazione collettiva sarebbero indubbiamente più ampi.

(78) L'art. 10 della versione originaria del d.lgs. n. 61/2000 già prevedeva la non applicazione alle pubbliche amministrazioni delle previsioni in tema di forma del contratto, incentivazione del rapporto e sanzioni.

Se si aderisse alla tesi dell'abrogazione totale, tenuto conto delle esclusioni già previste dalla prima versione del decreto n. 61, rimarrebbe ben poco della normativa di fonte legale, a parte, ovviamente, le discipline speciali, fatte però salve dal legislatore fin dal 2000 (79). Più specificamente, del decreto n. 61 si applicherebbero una parte dell'art. 1 sulle definizioni, uno spezzone dell'art. 2, il principio di non discriminazione di cui all'art. 4, i criteri di computo dei lavoratori a tempo parziale previsti dall'art. 6, comma 1, e poco altro (80). La conseguenza sarebbe, quindi, la difficoltà di utilizzazione del d.lgs. n. 61/2000 e, soprattutto, il riconoscimento di minori garanzie per il lavoratore a tempo parziale, considerata la mancata applicazione proprio delle norme in tema di lavoro supplementare e clausole elastiche, che comunque prevedono dei limiti all'utilizzo degli istituti, oltre ad alcune disposizioni in materia di computo dei lavoratori (81).

Per risolvere la questione del tipo di abrogazione, occorre far riferimento, di nuovo, alla lettera delle norme e alla *ratio* della legge n. 30 e del d.lgs. n. 276 del 2003, poiché è solo l'analisi di questi profili che può fornire un'interpretazione certa. Dalla lettera delle norme non sembrerebbero esserci dubbi sull'abrogazione totale, in quanto l'art. 3, comma 1, lett. e, legge n. 30/2003, delega il governo ad abrogare (o integrare) tutte le disposizioni in contrasto con l'obiettivo di incentivazione del *part-time* e l'art. 46, d.lgs. n. 276/2003 opera una sostituzione di norme, che, in genere, dà luogo all'eliminazione dall'ordinamento giuridico delle disposizioni precedenti.

A questo punto, però, occorre cercare una conferma di questa esegesi nelle intenzioni del legislatore. È proprio qui che iniziano i problemi: se ci fosse un'abrogazione totale, vorrebbe dire che la *ratio legis* sarebbe quella di modificare la precedente disciplina del *part-time* nel lavoro pubblico, rendere più complicato il ricorso al tempo parziale, ridurre le tutele dei lavoratori e assegnare maggiore spazio alla contrattazione collettiva nella regolamentazione di tale rapporto di lavoro. Tuttavia, a ben vedere, le ragioni alla base dell'intervento normativo sembrano essere quelle di lasciare immutata la precedente disciplina applicabile ai pubblici dipendenti e, al contempo, di «inver-

(79) In particolare, l'art. 10, d.lgs. n. 61/2000, fa riferimento all'art. 1, legge n. 662/1996, all'art. 39, legge n. 449/1997, all'art. 22, legge n. 448/1998, e all'art. 20, legge n. 488/1999.

(80) La disciplina previdenziale di cui all'art. 9.

(81) In particolare il comma 2 dell'art. 6, abrogato dall'art. 46, d.lgs. n. 276/2003.

tire la rotta» in tema di «privatizzazione» della regolamentazione dei lavori flessibili nel pubblico impiego, derogando all'art. 2, comma 2, primo periodo, e, in particolare, all'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001 (82). Insomma, se l'intento è quello in base al quale la regolamentazione del d.lgs. n. 276/2003 non si deve applicare alle pubbliche amministrazioni, non si può verificare l'abrogazione totale delle norme in materia di lavoro a tempo parziale: quest'ultima interpretazione avrebbe dato luogo, infatti, alla produzione di effetti diretti della riforma del mercato del lavoro anche nel settore pubblico: effetti non previsti dalla legge. Di conseguenza, l'art. 46, d.lgs. n. 276/2003, ha operato un'abrogazione parziale del decreto n. 61, ovvero sia limitata al settore privato (83).

Accedendo alla tesi dell'applicazione del vecchio testo del d.lgs. n. 61/2000 al lavoro pubblico, diventa però decisivo vagliare la posizione di chi ritiene che si possa utilizzare, in questo caso, il meccanismo di cui all'art. 2, comma 2, secondo periodo, d.lgs. n. 165/2001, che consentirebbe alla contrattazione collettiva di disapplicare le norme

(82) La prima norma stabilisce che «i rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono disciplinati [...] dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa» e la seconda che «le pubbliche amministrazioni si avvalgono delle forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale previste [...] dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa». Sul punto, v. E. Gagnoli, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, in M. T. Carinci, *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, Ipsoa, Milano, 2000, pp. 245 ss.

(83) Concordano con questa impostazione L. Zoppoli, *Nuovi lavori e pubbliche amministrazioni (ovvero Beowulf versus Grendel, atto II)*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, Cedam, Padova, 2005, pp. 1806 ss.; S. Mainardi, *D.lgs. 10 settembre 2003 n. 276 e riforma del mercato del lavoro: l'esclusione del pubblico impiego*, in *LPA*, 2003, p. 1100; R. Santucci, *Il lavoro part-time*, in F. Carinci, L. Zoppoli (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 610; O. Mazzotta, *Diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 475. Di diverso avviso sono: C. Zoli, *Articolo 1. Finalità e campo di applicazione*, in Pedrazzoli (coordinato da), *Il nuovo mercato del lavoro. D.lgs. 10 settembre 2003 n. 276*, Zanichelli, Bologna, 2004, pp. 3 ss., il quale – pur sottolineando che «l'intenzione del legislatore era quella di riformare la disciplina del *part-time* nel settore privato [...] senza incidere sulla normativa vigente nel settore pubblico...» (p. 27) – afferma che la vecchia disciplina del d.lgs. n. 61/2000 non può essere stata fatta salva, mancando una disposizione legale *ad hoc*; C. Russo, *Quale flessibilità per i lavori del settore pubblico: il problematico impatto del d.lgs. 276/2003*, in *Dir. lav. merc.*, 2004, pp. 97 ss., che mette in evidenza come l'ipotesi della contemporanea vigenza di due versioni del d.lgs. n. 61/2000 darebbe luogo a «una situazione incompatibile con il principio elaborato dalla Corte Costituzionale dell'affidamento del cittadino sulla certezza delle situazioni giuridiche...» (p. 103); M. Napoli, *Pubbliche amministrazioni e d.lgs. 276 del 2003*, in *Dir. lav. merc.*,

speciali del pubblico impiego (84). È solo in tale eventualità, infatti, che ci si deve domandare se la contrattazione collettiva può disapplicare la disciplina del *part-time* di cui al d.lgs. n. 61/2000, che da generale, attraverso il d.lgs. n. 276, diventa speciale, in quanto propria delle sole pubbliche amministrazioni (85).

Anche questo profilo va affrontato guardando alla lettera e alla *ratio* della norma in oggetto. Partendo dalla prima, l'art. 2, comma 2, secondo periodo, si riferisce a «disposizioni di legge, regolamento o statuto che introducono discipline dei rapporti di lavoro la cui applicabilità sia limitata ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche» e il d.lgs. n. 61/2000 non rappresenta certamente una novità per il pubblico impiego, essendo applicabile in quel settore sin dalla sua entrata in vigore. Piuttosto, la novità è data ora dall'applicazione di alcune norme esclusivamente al lavoro pubblico. Non di meno, l'art. 2, comma 2 non sembra escludere dal suo campo di applicazione tale ipotesi, cosicché la lettera della norma, in fin dei conti, non contribuisce a fornire una soluzione certa.

Pertanto, pure in questo caso, diventa risolutiva la *ratio legis*. È noto che la principale finalità dell'art. 2, comma 2, è «quella di difendere la contrattazione collettiva dalle “legging” di settore che, di fatto, vengono a modificare il contenuto del contratto» (86) e, quindi, a evitare che la legge intervenga nuovamente su materie ora regolamentate dalla contrattazione collettiva, vanificando, in tal modo, gli effetti della riforma del lavoro pubblico che assegna, come è noto, ampi spazi alla fonte au-

2005, pp. 422 ss., il quale considera in contrasto con i «...principi generali ipotizzare che la precedente normativa risulti abrogata dalle nuove disposizioni per il settore privato, mentre rimarrebbe in vigore per il pubblico impiego» (p. 427). Invece, R. Del Punta (*op. cit.*) afferma che «se una norma – l'art. 46 – introduce modificazioni a un decreto legislativo che già si era dichiarato applicabile alle amministrazioni pubbliche, senza toccare la norma che aveva sancito tale applicabilità, gli effetti di tali modificazioni non possono non riguardare anche le amministrazioni pubbliche» (p. 525).

(84) L. Zoppoli, *Nuovi lavori*, cit., p. 1806; R. Santucci, *Il lavoro part-time*, cit., p. 610, e F. Borgogelli, *La nuova disciplina del mercato del lavoro e le pubbliche amministrazioni*, WP C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona», 2004, p. 46, in www.lex.unict.it.

(85) Se l'abrogazione fosse stata totale, infatti, il meccanismo in questione non avrebbe potuto operare, perché non ci sarebbe stata alcuna disciplina speciale, considerato che le norme del d.lgs. n. 61/2000, non sostituite dal decreto n. 276, si applicano, come detto, sia al settore pubblico, sia a quello privato.

(86) V. Speciale, *La deroga della legge, del regolamento e dello statuto da parte del contratto collettivo*, in F. Carinci, M. D'Antona (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Giuffrè, Milano, 200, p. 260.

tonoma (87). Un'altra finalità della disposizione è limitare il potere del legislatore di introdurre previsioni legali che «finiscano per "pubblicizzare" determinate materie del rapporto di lavoro, riportandole sotto la disciplina delle fonti unilaterali e degli atti amministrativi» (88), prevedendo un meccanismo, che, appunto, non impedisce di riattrarre qualche materia nell'ambito pubblicistico, ma impone di farlo espressamente e non mediante interventi impliciti di rilegificazione (89).

È evidente che l'abrogazione parziale del d.lgs. n. 61/2000 non risponde a nessuna delle due finalità appena indicate, per cui non può essere utilizzato in questo caso il meccanismo derogatorio di cui all'art. 2, comma 2, d.lgs. n. 165/2001. In altre parole, questa norma non è stata inserita per impedire al legislatore ordinario di diversificare la disciplina nel pubblico e nel privato; finalità, questa, propria del d.lgs. n. 276/2003, come si è già avuto modo di mettere in evidenza. Perciò, il legislatore del 2003 ben poteva differenziare ulteriormente la disciplina del *part-time* nel lavoro pubblico, poiché questa operazione, pur essendo in parziale controtendenza rispetto alla filosofia di fondo della riforma del pubblico impiego in materia di lavori flessibili, non è riconducibile a quanto previsto dall'art. 2, comma 2, secondo periodo.

Assodato, quindi, che la disciplina «privatistica» del *part-time* nel pubblico impiego è rappresentata dalla versione del d.lgs. n. 61/2000 precedente alle modifiche apportate nel 2003, ai fini dell'indagine condotta non rimane che valutare come la contrattazione collettiva abbia occupato in questo settore gli spazi che la legge le ha attribuito fin dal 2000 e che, diversamente dal settore privato, sono rimasti invariati. Per condurre questa indagine è ininfluente differenziare l'analisi della contrattazione collettiva in due periodi, uno precedente e l'altro successivo all'entrata in vigore del d.lgs. n. 276/2003, se non allo scopo di avere una conferma di quanto detto finora sull'applicabilità della precedente versione del d.lgs. n. 61/2000. Proprio su quest'ultima questione, c'è da dire che la maggior parte dei contratti sti-

(87) V. anche V. Speciale, A. Riccardi (ma A. Riccardi), *Il rapporto fra fonti unilaterali e contratto collettivo*, in F. Carinci, L. Zoppoli (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze*, cit., p. 159 ss.; M. Rusciano, L. Zoppoli, *Sub Art. 2, commi 2 e 3*, in A. Corpaci, M. Rusciano, L. Zoppoli (a cura di), *Riforma dell'organizzazione dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche (D.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 e successive modificazioni e integrazioni)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1999, n. 5-6, pp. 1071 ss.

(88) V. Speciale, *La deroga della legge*, cit., p. 263.

(89) Ancora V. Speciale, *La deroga della legge*, cit., p. 264.

pulati in una data successiva a quella di entrata in vigore della riforma del mercato del lavoro quasi mai si occupa del *part-time*, se non per aspetti specifici, rinviando, implicitamente o esplicitamente, alla disciplina contrattuale anteriore. Ciò significa che, almeno per quanto concerne i comparti che hanno già proceduto, seppur parzialmente, ai rinnovi contrattuali (90), non ci sono segnali di un'inversione di tendenza nel considerare la prima versione del d.lgs. n. 61/2000 la disciplina legale ancora in vigore. Di tutti gli accordi, poi, quasi nessuno contiene delle previsioni significative in tema di lavoro a tempo parziale, così rinviando, implicitamente, al precedente contratto; il solo c.c.n.l. Sanità prevede una norma *ad hoc* sul *part-time* che, con riferimento ad alcuni aspetti della disciplina «privatistica», rinvia, questa volta espressamente, alla regolamentazione contrattuale antecedente al 2003 e di conseguenza anche a quella legale sulla quale quel contratto collettivo si fondava (e si fonda tuttora) (91).

È da segnalare che alcune norme dei contratti integrativi successivi al 2000 contengono un rinvio esplicito, in materia di *part-time*, alle disposizioni del d.lgs. n. 61/2000 «per tutto quanto non disciplinato dalle clausole contrattuali» (92), cosicché, essendo questi contratti in vigore fino alla sottoscrizione dei nuovi accordi (93), se si fos-

(90) Si tratta dei c.c.n.l. Sanità del 19 aprile 2004, Presidenza del Consiglio del 17 maggio 2004, Aziende autonome del 26 maggio 2004, Agenzie fiscali del 28 maggio 2004, Università del 27 gennaio 2005, Ricerca del 3 dicembre 2005.

(91) L'art. 22, comma 8, del c.c.n.l. Sanità del 2004 rinvia al contratto collettivo del 2001 in merito alla disciplina del lavoro supplementare. Sulle norme contrattuali finora sottoscritte in tema di lavoro a tempo parziale, può dirsi che la contrattazione collettiva della seconda tornata non sembra aver sfruttato appieno gli spazi concessi a tale fonte dal d.lgs. n. 61/2000. Infatti, con riferimento alla flessibilità interna al rapporto di lavoro, i contratti collettivi non rendono possibile l'utilizzo di alcuni istituti, come, ad esempio, le clausole elastiche, limitandosi, di fatto, a disciplinare quasi esclusivamente il solo lavoro supplementare, in quanto la maggior parte di essi riguarda aspetti «pubblicistici» della regolamentazione del rapporto di lavoro in questione. Sul punto, v. R. Santucci, *Contrattazione collettiva e lavori flessibili nelle pubbliche amministrazioni*, in Aa.Vv., *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile*, cit., pp. 339 ss.

(92) Art. 7, comma 3, c.c.n.l. integrativo Enti pubblici non economici che modifica l'art. 23, comma 6, c.c.n.l. 16 dicembre 1999, e art. 6, comma 13, c.c.n.l. Regioni e Autonomie locali del 28 luglio 2000.

(93) Tutti i contratti collettivi di comparto prevedono il loro rinnovo tacito alla scadenza, a meno che non sia data disdetta, almeno tre mesi prima e, comunque, anche in questa eventualità, prevedono che le disposizioni contrattuali rimangano in vigore, fino alla stipulazione del contratto collettivo successivo: sul punto v., da ultimo, M.

se riscontrata l'abrogazione delle norme del d.lgs. n. 61/2000 sostituite dal d.lgs. n. 276/2003, si sarebbe posto il problema dell'applicabilità delle previsioni contrattuali, oltre a verificarsi una riduzione delle tutele dei lavoratori a tempo parziale. Su quest'ultimo profilo, a titolo esemplificativo, si può far riferimento alla regolamentazione del lavoro supplementare. La disciplina contrattuale in materia si innesta sulle norme di legge, ma in questa circostanza la mancanza delle disposizioni legali avrebbe potuto produrre effetti inattesi, come in tema di protezione dei lavoratori in caso di rifiuto a prestare lavoro supplementare, considerato che il vecchio testo dell'art. 3, comma 3, come è noto, escludeva (ed esclude anche oggi per i lavoratori pubblici) che il diniego del lavoratore potesse costituire infrazione disciplinare e integrare gli estremi del giustificato motivo di licenziamento. La mancata applicazione di questa norma, conseguente all'eventuale abrogazione totale, avrebbe dato luogo a una situazione in base alla quale i lavoratori avrebbero goduto di minori garanzie rispetto sia ai dipendenti privati (tutelati, in base alla nuova normativa, dalla previsione che esclude, in questi casi, almeno il licenziamento), sia ai lavoratori pubblici a tempo parziale, ai quali erano state richieste prestazioni di lavoro supplementare prima dell'entrata in vigore della riforma del mercato del lavoro. Insomma, anche ai fini del rapporto fra legge e contrattazione collettiva, la tesi dell'abrogazione parziale consente di continuare ad applicare le norme contrattuali in merito senza problemi particolari, anche prima dei «fisiologici» rinnovi contrattuali nei vari comparti.

Barbieri, C. Spinelli, *La contrattazione collettiva e il contratto collettivo nazionale*, in F. Carinci, L. Zoppoli (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze*, cit., pp. 390 ss. Più in generale, v. M. Esposito, *L'efficacia nel tempo del contratto collettivo*, in R. Santucci, L. Zoppoli (a cura di), *Contratto collettivo e disciplina dei rapporti di lavoro*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 117 ss. e, in particolare, pp. 125-126.

Loredana Zappalà

TRA DIRITTO ED ECONOMIA: OBIETTIVI E TECNICHE
DELLA REGOLAZIONE SOCIALE
DEI CONTRATTI DI LAVORO A TERMINE

SOMMARIO: 1. La regolazione dei contratti con un termine finale di durata fra fallimenti del mercato ed esigenze redistributive. — 2. Modelli di impresa e rapporti di lavoro nell'era della flessibilità: dalla «specializzazione flessibile» alla *flexible firm*. — 3. Le teorie dell'impresa *competence-based*. — 4. L'economia istituzionale e i «mercati interni» del lavoro. — 5. I costi di transazione e il neo-istituzionalismo. — 6. I modelli economici che presuppongono l'esistenza di costi di *turnover* e i possibili effetti di una liberalizzazione dei contratti a termine. — 6.1. La *job security* nei modelli *efficiency wages* e *insider-outsider*. — 6.2. Il modello *search* e i *transitional labour markets*. — 7. Diritto del lavoro e obiettivi di razionalizzazione. — 8. La *ratio* della regolazione dei contratti a termine nell'ordinamento italiano per mezzo della norma inderogabile. — 9. La razionalizzazione delle ragioni di ricorso ai contratti a termine tramite a) la legge. — 9.1. *Segue*: b) la contrattazione collettiva. — 9.2. *Segue*: c) l'autonomia individuale.

1. — *La regolazione dei contratti con un termine finale di durata fra fallimenti del mercato ed esigenze redistributive* — Le vicende connesse all'apposizione di un termine al contratto di lavoro e, più in generale, la possibilità di diffusione dei contratti con un termine finale di durata non sfuggono al processo di «regolazione» attraverso il quale, nello Stato sociale e democratico di diritto, si realizza una restrizione intenzionale dell'ambito delle scelte d'azione dei soggetti privati, per la soddisfazione di certi valori, beni, interessi e posizioni ritenuti meritevoli di tutela, alla luce di una nozione più o meno esplicita di interesse pubblico (1).

La necessità di una regolazione delle relazioni di lavoro s'interseca in buona parte con quelle stesse ragioni che storicamente hanno con-

(1) La letteratura sulla «regolazione» è vastissima: per alcuni riferimenti v. B. M. Mitnick, *The Political Economy of Regulation*, Columbia University Press, New York, 1980, p. 1; P. Lange, M. Regini, *Gli interessi e le istituzioni: forme di regolazione sociale e politiche pubbliche*, in P. Lange, M. Regini (a cura di), *Stato e regolazione sociale*, Il Mulino, Bologna, 1987, p. 13; A. La Spina, D. Majone, *Lo Stato regolatore*, Il Mulino, Bologna, 2000; A. Ogus, *Regulation. Legal form and economic theory*, Clarendon Law Series, London, 1994.

dotto all'intervento dello Stato nell'economia: tali ragioni sono riconducibili alla necessità di porre rimedio ai cosiddetti «fallimenti del mercato» (2), di «correggere» comportamenti umani irrazionali (3) e/o di realizzare una più equa ripartizione delle «risorse scarse», in ossequio alle esigenze d'uguaglianza e di redistribuzione che stanno alla base dello Stato sociale. Benché parte della dottrina abbia recentemente sottolineato il ruolo della regolazione laburista nel correggere taluni fallimenti del mercato (4), deve precisarsi che tale finalità non fa storicamente parte del *dna* più profondo connesso al «dover essere» del diritto del lavoro, o almeno di quello di matrice nazionale. Sebbene non siano mancate autorevoli ricostruzioni dottrinali che hanno messo in luce come anche il diritto del lavoro italiano, sotto l'influsso della dottrina socialdemocratica weimariana, sia nato geneticamente caratterizzato da un ineliminabile legame con l'economia, quale strumento di *razionalizzazione* dell'organizzazione del fattore lavoro (5): pare, infatti, possibile rilevare come la necessità di una regolazione delle relazioni di lavoro abbia trovato la sua principale ragione d'essere nella terza delle motivazioni prima accennate, fonda-

(2) Nel linguaggio economico si parla di «fallimenti del mercato» con riferimento ai casi in cui il mercato non riesce a realizzare una situazione d'efficienza economica ottimale. Ciò, per lo più, accade in presenza di situazioni di monopolio, di externalità negative, che si verificano quando le azioni di un individuo o di un'azienda impongono alla collettività dei costi sociali superiori al costo sostenuto dal privato, di asimmetrie informative, che si hanno quando i soggetti operanti sul mercato non hanno uguali informazioni sulla transazione che si accingono a concludere, ma pure di disoccupazione di lungo periodo in cui l'intervento pubblico può contribuire alla creazione di nuove opportunità occupazionali.

(3) Sulla rilevanza della «irrazionalità» del comportamento umano nella comprensione dei fini della regolazione giuridica v., di recente, C. Jolls, C. R. Sunstein, R. Thaler, *A Behavioral Approach to Law and Economics*, in *Stanford Law Review*, 1998, p. 1471; G. S. Becker, *The Economic Approach to Human Behavior*, in A. Ogus, C. G. Veljanovski (eds.), *Readings in the Economics of Law and Regulation*, Clarendon Press, Oxford, 1984, p. 8.

(4) Cfr. A. Ichino, P. Ichino, *A chi serve il diritto del lavoro*, in *RIDL*, 1994, p. 470; sul punto v. pure P. Ichino, *Lezioni di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 95. Per una recente ricognizione delle giustificazioni della regolazione legale del rapporto di lavoro v. H. Collins, *Justifications and techniques of legal regulation of employment relations*, in H. Collins, P. Davies, R. Rideout (eds.), *Legal regulation of the employment relations*, Kluwer, London, 2000, p. 3. Sul punto, però, v. già G. Giugni, *Giuridificazione e deregolazione nel diritto del lavoro italiano*, in *Lavoro legge contratti*, Il Mulino, Bologna, 1989, p. 353.

(5) Cfr. G. Vardaro, *Tecnica, tecnologia e ideologia della tecnica nel diritto del lavoro*, in *Pol. dir.*, 1986, p. 75.

dosi sugli stessi fini dello Stato sociale e sull'esigenza di rimediare a situazioni di disparità sociale percepite come inique e intollerabili.

In tale contesto, la prima e più tradizionale tecnica di regolazione delle relazioni di lavoro è identificabile, come è noto, in un progressivo processo di «legificazione», la cui massima e più alta espressione è rappresentata dall'utilizzo della «norma inderogabile». Tramite questa, il legislatore è intervenuto, dapprima, a mitigare taluni squilibri di potere tra i privati e, successivamente, a «farsi promotore e (programmatore) di determinati modelli di convivenza e di organizzazione sociale» (6), e ciò allo scopo di «realizzare un coordinamento e un bilanciamento di interessi e, in definitiva, una razionalizzazione degli interessi in conflitto» (7). Nel tempo, la regolazione sociale ha perseguito pure l'obiettivo di operare un controllo sul mercato del lavoro (8), al fine di aumentare i vantaggi ottenibili dalla partecipazione al mercato del lavoro medesimo, nonché di proteggere i lavoratori dagli eventi avversi concernenti le dinamiche del mercato e/o del ciclo vitale (9). Attraverso tale profilo, il diritto del lavoro ha così cercato di conciliare interessi fra loro contrastanti: la necessità di uguaglianza di prospettive, di condizioni di vita e di redistribuzione d'opportunità fra gli individui, le richieste datoriali di una maggiore flessibilità nella gestione della forza lavoro, la necessità di porre rimedio all'elevato livello di disoccupazione che caratterizza l'economia europea.

Il processo di regolazione sociale dei contratti con un termine finale di durata nell'ordinamento italiano si inserisce nel quadro sopra descritto, rispecchiando nel proprio codice genetico l'assunto secondo cui la regolazione di tale materia è stata, ed è tutt'oggi, ispirata a un compromesso fra l'interesse datoriale a utilizzare i contratti a termine per rendere più efficiente l'impresa o, più di recente, l'interesse

(6) Su cui v. R. De Luca Tamajo, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1976.

(7) L. Mengoni, *Forma giuridica e materia economica*, in *Diritto e valori*, Il Mulino, Bologna, 1985, p. 162.

(8) Sulla funzione del diritto del lavoro di controllo sul mercato v. G. Giugni, *Diritto del lavoro (voce per un'enciclopedia)*, in *Lavoro legge contratti*, cit., p. 272; O. Kahn-Freund, *Labour and the Law*, London, 1977, p. 122.

(9) Sui diversi profili di tale aspetto della regolazione v. G. Bertola, J. Jimeno, R. Marimon, C. Pisarrides, *I sistemi degli stati Sociali e i mercati del lavoro in Europa: quale convergenza prima e dopo l'Unione Monetaria Europea?*, in G. Bertola, T. Boeri, G. Nicoletti (a cura di), *Protezione sociale, occupazione e integrazione europea*, Il Mulino, Bologna, 2001, p. 65.

alla diffusione di dette forme di flessibilità in chiave occupazionale, da una parte, e l'interesse alla sicurezza e alla stabilità lavorativa dei prestatori, dall'altra. L'obiettivo della legislazione lavoristica diretta a garantire la tutela della stabilità, intesa come «aspirazione del lavoratore a quel complesso di beni – professionalità, continuità, adeguatezza del reddito, prospettive di carriera – che sono indissolubilmente legati alla occupazione a tempo pieno e indeterminato» (10), ha tuttavia assunto nella scienza giuridica giuslavoristica, tesa a difendere il «dover essere» della norma, un carattere talmente predominante da oscurare qualunque tentativo di riflessione sugli altri, pure presenti, obiettivi della regolazione sociale perseguibili in tale materia.

Nell'anticipare alcune delle conclusioni cui si giungerà alla fine del presente lavoro, è possibile rilevare come, nel tempo, la regolazione sociale dei contratti con un termine finale di durata, e in particolare la individuazione delle causali di ricorso al lavoro a tempo determinato, abbia, più o meno consapevolmente, realizzato un bilanciamento degli opposti interessi in gioco tenendo conto non solo della necessità di porre rimedio agli squilibri di potere fra le parti e, in coerenza agli obiettivi dello Stato sociale, assicurare a tutti gli individui occasioni di reddito e di carriera, ma anche della opportunità di evitare comportamenti datoriali irrazionali, nonché di correggere taluni «fallimenti del mercato».

L'indagine sugli obiettivi della regolazione dei contratti con un termine finale di durata che si propone appare funzionale, in particolare, a fornire utili elementi di riflessione per rispondere a quegli «attacchi» (11) provenienti dalla letteratura economica, ma anche da quella sociologica, che in nome della «ideologia» della flessibilità (12)

(10) D'Antona, *Contrattazione collettiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro atipici*, 1990, ora in B. Caruso, S. Sciarra (a cura di), *Opere*, Giuffrè, Milano, 2000, vol. I, p. 75.

(11) L'espressione è mutuata da R. Del Punta, *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, in *DLRI*, 2001, p. 4.

(12) B. Caruso, *Flexibility in Labour Law: the Italian Case*, in B. Caruso, M. Fuchs (eds.) *Labour Law and Flexibility in Europe*, Nomos, Giuffrè, 2004, p. 11; M. G. Garofalo, *Un profilo ideologico del diritto del lavoro*, in *DLRI*, 1999, p. 9. Sulla necessità di combattere l'«ideologia della flessibilità» cfr. A. Supiot, *Il futuro del lavoro*, Carocci, Roma, 2003. V. pure L. Mariucci, *Dopo la flessibilità cosa? Riflessioni sulle politiche del lavoro*, in *q. Riv.*, 2005, p. 507. Il segno più evidente della trasformazione del dibattito sulla flessibilità da «risorsa» o «rimedio» a «ideologia» è rappresentato dal fatto che l'ideale di impresa o di mercato iper-flessibile

si sono infiltrati come un *virus* nel dibattito giuslavoristico (13). La regolazione delle modalità di apposizione di un termine al contratto di lavoro non è sfuggita agli «attacchi» prima accennati, che hanno diffuso l'imperativo *no jobs for life*, in virtù del quale l'aumento dei lavori a termine dovrebbe considerarsi un fatto ineluttabile, oltre che benefico per l'efficienza dell'impresa e per il funzionamento del mercato (14). Di fronte a tali attacchi, inevitabile pare l'invito rivolto alla dottrina giuslavoristica nel mettere da parte l'orgoglio del «dover essere», nel non arroccarsi su sterili difese di identità e, dunque, a confrontarsi con le altre scienze giuridiche portatrici del *virus* flessibilità in «casa propria» (15). In un momento storico in cui il diritto del lavoro sta subendo delle profonde modificazioni della propria identità proprio per andare incontro, o quanto meno per non essere di ostacolo, alle regole dell'economia e del mercato, pare infatti indispensabile – pure per il giurista del lavoro – provare a cimentarsi nello studio di quelle medesime regole del mercato, per provare a capirne i meccanismi ed eventualmente le debolezze e le contraddizioni.

Sulla scorta di tali premesse, il presente lavoro è articolato in due parti. Nella prima parte (parr. 2-6.2), servendosi dei risultati di alcune indagini economiche, si proverà ad affrontare il tema della flessibilità e dei contratti con un termine finale di durata, al fine di sfatare l'assolutezza di alcune delle più frequenti argomentazioni addotte

non sia stato, in questi ultimi anni, minimamente intaccato dalla marcia indietro dell'O.C.S.E. che, a partire dal 1999, al termine di una lunga e articolata analisi empirica, ha sostenuto l'assenza di una correlazione certa fra rigidità delle misure di protezione dell'impiego adottate nei singoli paesi e relativi livelli occupazionali e, dunque, di una positiva incidenza delle misure di flessibilità sulle *performance* aziendali e/o occupazionali, cfr. O.C.S.E. *Employment Outlook* 1999, e, più di recente, il nuovo *Employment Outlook* 2004, p. 61.

(13) Il dibattito è, ovviamente, molto vasto e articolato su diverse posizioni, per alcuni riferimenti v. H. Giersch, *Eurosclerosis*, Institut für Weltwirtschaftsforschung, Università di Kiel, Discussion Paper, n. 112, 1985; H. Siebert, *Labour rigidities: at the Root of Employment in Europe*, in *Jour. econ. persp.*, 1997, p. 37.

(14) Rintraccia questo tipo di convinzione nella recente riforma del mercato del lavoro italiano G. Rodano, *Aspetti problematici del d.lgs. 276/2003. Il punto di vista della teoria economica*, in *DLRI*, 2004, p. 419.

(15) Per un tale positivo atteggiamento di apertura e osmosi cognitiva del diritto verso l'economia a protezione della normatività si rinvia a R. Del Punta, *L'economia e le ragioni del diritto*, cit., p. 3. Imprescindibili sono inoltre, in tale ottica, gli studi di P. Ichino, *Lezioni di diritto del lavoro*, cit.; v. pure G. De Simone, *Dai principi alle regole*, Giappichelli, Torino 2001, pp. 20 ss.; P. Loi, *L'analisi economica del diritto e il diritto del lavoro*, in *DLRI*, 1999, p. 547.

a sostegno della necessità di una deregolamentazione della materia. I postulati che – nelle pagine che seguono – verranno messi in dubbio riguardano, in particolare, due assunti: il primo è che l'impresa per essere efficiente deve essere flessibile e che l'efficienza possa essere ottenuta tramite l'utilizzo di contratti con un termine finale di durata; il secondo è che tali forme contrattuali contribuiscono a creare occupazione e a rendere più efficiente il mercato del lavoro, per cui si rende necessaria una loro liberalizzazione o comunque un intervento meno intrusivo della legislazione protettiva in materia.

Nella seconda parte (parr. 7-9.2), invece, si analizzeranno più attentamente gli obiettivi perseguiti dalla regolazione sociale in materia di contratti a tempo determinato. In proposito, anticipando alcune delle conclusioni cui si giungerà alla fine del presente lavoro, pare possibile rilevare che, fin dal codice civile del 1942, il legislatore italiano abbia regolato la materia *de qua* sul presupposto che il controllo sulla stipula dei contratti a termine, realizzato tramite la norma inderogabile, non avesse soltanto la funzione di tutelare il lavoratore e, in particolare, di garantire a questo la stabilità, ma perseguisse anche un più generale obiettivo di *razionalizzazione* della gestione e del funzionamento del mercato del lavoro. In quest'ottica, ci si soffermerà infine sulla tecnica regolativa nel tempo utilizzata per temperare l'esigenza di garantire prospettive di reddito e di carriera a tutti i lavoratori con la, pure presente, esigenza di porre rimedio a taluni potenziali fallimenti del mercato.

2. — *Modelli di impresa e rapporti di lavoro nell'era della flessibilità: dalla «specializzazione flessibile» alla flexible firm* — Come si è sopra accennato, le vicende connesse alla possibilità e/o all'opportunità di utilizzare contratti con un termine finale di durata si sono inescandibilmente intrecciate con gli sviluppi del dibattito sulla flessibilità del rapporto e del mercato del lavoro.

Sebbene esista una ormai copiosa letteratura critica che ha sottolineato come lo stesso modello di organizzazione taylor-fordista fosse anch'esso un modello flessibile, la vera e propria nascita di tale dibattito può farsi risalire alla fine degli anni settanta e all'entrata in crisi di quel modello, insieme al declino dello Stato sociale keynesiano. In particolare, un primo ambito teorico in cui è germogliato il citato dibattito trae spunto dagli studi di economia industriale sulla «specializzazione flessibile», il cui contributo più influente risale al lavoro di Michael

Piore e Charles Sabel del 1984 (16). Nel modello sviluppato dai due studiosi, la flessibilità «è la capacità di riplasmare continuamente il processo produttivo», sul presupposto che gli individui e le aziende debbano essere pronti al cambiamento. L'idea di un sistema competitivo che stimola l'innovazione è tuttavia controbalanciato dalla consapevolezza di come sia «importante porre dei limiti allo sfruttamento della manodopera non solo per fare della competizione uno stimolo all'innovazione, ma anche per mantenere, all'interno dell'organizzazione, la coesione necessaria per la flessibilità. [...] Le clausole che garantiscono l'impiego, che sono fonte di fiducia, possono avere quindi la stessa importanza nel promuovere l'innovazione dei sistemi salariali. [...] La garanzia del posto e una generale ripartizione del lavoro, accompagnata da mansioni allargate, favoriscono l'introduzione delle nuove tecnologie» (17). Agli albori del dibattito sulla flessibilità, e in particolare nel modello di specializzazione flessibile che costituisce quella che è stata definita «la via *alta* della flessibilità» cui si sono ispirati i paesi più sviluppati (18), i contratti a termine non rientrano, dunque, fra gli ingredienti della ricetta cui avrebbe dovuto ispirarsi l'agire imprenditoriale.

Un diverso approccio al tema è, invece, rinvenibile in un altro ambito teorico che ha segnato una svolta nel dibattito politico-economico sulla flessibilità. Tale approccio trova fondamento negli studi economico-organizzativi della seconda metà degli anni ottanta sulla *flexible firm*, come strutturata nella formulazione che ne è stata fatta dal suo maggiore teorico, John Atkinson (19).

La *flexible firm* di Atkinson prende spunto da una copiosa letteratura economica di impostazione istituzionalista che si è sviluppata nel corso degli anni settanta e ottanta attorno all'analisi della segmentazione e dei mercati interni del lavoro, e, in particolare, dai lavori degli economisti Peter Piore e Michael Doeringer, ai quali si deve l'ipotesi di un mercato del lavoro duale, diviso in un settore primario e uno secondario (20). Nel primo, costituente il cosiddetto «mercato interno del lavoro»

(16) M. J. Piore, C. Sabel, *The Second Industrial Divide*, Basic Books, 1984 (qui citato nella traduzione italiana, *Le due vie dello sviluppo industriale*, Torino, 1987).

(17) M. J. Piore, C. Sabel, cit., p. 395.

(18) C. Trigilia, *Sociologia economica*, Il Mulino, Bologna, 1998, p. 386.

(19) J. Atkinson, *Flexibility, uncertainty and Manpower strategy*, Report, n. 89, Institute of Manpower Studies, Brighton, 1985.

(20) P. B. Doeringer, M. Piore, *Internal Labour Market and Manpower Analysis*, Health Lexington Book, 1971, (qui citato in R. Nacamulli, A. Rugiadini (a cura di), *Organizzazione e mercato*, Il Mulino, Bologna, 1985, p. 201).

ro», gravitano soggetti in possesso di specifici *skills* ed esperienza che, proprio per tale specificità, le imprese sono interessate a formare direttamente e poi trattenere al proprio interno; nel secondo, si concentrano lavoratori con *skills* facilmente trasferibili o del tutto privi di *skills* specifici. Nel prendere spunto da tale dicotomia caratterizzante il mercato del lavoro, Atkinson sostiene la necessità di favorire strategie manageriali volte a favorire la suddivisione della forza lavoro in diversi gruppi: la *flexible firm* è così articolata secondo l'ormai divenuto noto *core-periphery model*, che vede la presenza di un *core group* di lavoratori con contratto di lavoro a tempo pieno e di durata indeterminata, e di un *peripheral group* la cui caratteristica determinante è quella di essere gestito attraverso strategie ispirate alla flessibilità numerica, di cui fanno parte lavoratori privi di qualsiasi forma di *job* o di *employment security*, di opportunità di carriera e di formazione. Al di fuori dell'impresa si collocano poi i cosiddetti *external groups*, di cui fanno parte i lavoratori temporanei tramite agenzia e quelli coinvolti in processi di esternalizzazione produttiva, nonché i lavoratori autonomi o semi-autonomi.

Il modello della *flexible firm* di Atkinson ha acquisito, nel tempo, una notevole popolarità tale costituire una sorta di «apripista» verso una svariata serie di modelli di imprese sempre più flessibili. L'idea di una divisione, all'interno, dell'impresa fra il *core business* in cui impiegare risorse stabili e attività meno rilevanti o periferiche in cui utilizzare una nutrita serie di forme flessibili di lavoro, è via via sfumata nell'idea che, in fondo, il lavoro flessibile e temporaneo potesse in ogni caso essere considerato funzionale a un risparmio dei costi e, dunque, a un incremento della produttività e competitività dell'azienda. L'effetto apripista» verso l'idea che la flessibilità sia *comunque* un bene per l'impresa, pare confermato da una corposa letteratura manageriale-organizzativa americana, che è giunta a considerare efficienti pure politiche aziendali di *churning* della forza lavoro (21), vale dire di rinnovamento della forza lavoro medesima tramite processi simultanei di licenziamenti e nuove assunzioni.

Nonostante la fama acquisita, il modello della *flexible firm* di Atkinson non è tuttavia del tutto riuscito a consolidarsi, nella letteratura organizzativa degli anni novanta, come modello dominante di orga-

(21) Cfr. P. Cappelli, D. Neumark, *External Churning and Internal Flexibility: Evidence on the Functional Flexibility and Core-Periphery Hypotheses*, in *Ind. relations*, 2004, p. 148.

nizzazione aziendale (22). Numerosi sono gli studi che hanno, infatti, messo in evidenza come esso sottovaluti l'esistenza di un *trade-off* fra flessibilità funzionale e flessibilità numerica. L'utilizzo della flessibilità numerica produce una mancanza di coinvolgimento dei lavoratori (23), che spesso può essere difficile da accoppiare con politiche di incentivazione del *core*. Il modello *core-periphery* di Atkinson è stato inoltre accusato di essere troppo semplicistico, per le ovvie difficoltà di distinguere i lavoratori strategici che devono fare parte del *core* e gli altri e, soprattutto, perché non tiene conto del fatto che i prestatori dei due differenti gruppi devono lavorare insieme.

A fronte delle divergenti valutazioni sui potenziali effetti di una struttura aziendale frammentata in diversi gruppi di lavoratori, stabili e precari, sembra emergere con maggiore nettezza quel profilo «ideologico» che ha accompagnato, in questi anni, il dibattito politico, economico, ma pure giuridico, sulla flessibilità, in un chiaroscuro di «detto» e «non detto». Il «detto» riguarda, appunto, il presunto effetto benefico della diffusione dei lavori a termine come strumento per rendere più efficiente l'impresa; il «non detto» sottintende, invece, l'opzione verso strategie di gestione del personale poco o per nulla rivolte a un incremento dell'efficienza, bensì ispirate unicamente a politiche miopi di risparmio dei costi connessi al fattore lavoro. Le più recenti riforme italiane del mercato del lavoro hanno, in proposito, condotto parte della dottrina giuslavoristica a evidenziare l'opzione «ideologica» sottesa al modello *core-periphery*, sottolineando come le strategie di flessibilità numerica applicate ai *peripheral groups* siano sempre meno giustificate da reali necessità di far fronte a mutamenti quantitativi della produzione di beni e servizi, essendo invece «la struttura binaria *core-periphery* fondata sulla diversificazione professionale dei lavoratori» (24), con il conseguente effetto di relegare i lavoratori scarsamente qualificati nella «trappola della precarietà e della bassa qualifica professionale» (25). È, pertanto, com-

(22) Per una sferzante critica a tale modello v. A. Pollert, *Farewell to Flexibility?*, Oxford, 1991, p. 27.

(23) A. Kalleberg, *Coinvolgimento e flessibilità: i cambiamenti delle relazioni di lavoro nelle società industriali*, in *Soc. lav.*, 1990, p. 11. In generale sulle contraddizioni fra i vari tipi di flessibilità v. di recente E. Reyneri, *Flessibilità: molti significati, alcune contraddizioni*, in *Soc. lav.*, 2003, p. 24.

(24) V. U. Carabelli, *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo*, in *DLRI*, 2004, p. 83.

(25) D. Snower, *The low-skill, bad-job trap*, in A. Booth, D. Snower (eds.), *Aquiring skill*, Cambridge, 1996, p. 109.

prensibile l'atteggiamento di quella parte della dottrina giuslavoristica che, percependo l'opzione ideologica sottesa alle recenti riforme del mercato del lavoro, ha duramente contestato il tentativo di deregolamentazione/liberalizzazione dei contratti con un termine finale di durata.

Ferma, dunque, la necessità del diritto del lavoro di tutelare i valori e la dignità della persona di fronte a strategie datoriali opportunistiche, può comunque in questa sede essere utile accennare ad alcune delle ragioni che hanno contribuito a rendere il modello della *flexible-firm* di Atkinson teoricamente debole e che, tuttora, consentono di sfatare l'assolutezza del postulato secondo cui il ricorso ai lavori a termine produca effetti benefici sulla efficienza e sulla competitività dell'impresa e/o sia comunque funzionale a un utile risparmio di costi nella gestione della forza lavoro. Tali ragioni trovano fondamento in diversi approcci teorici, cui di seguito si accennerà, vale a dire nelle teorie *competence based* dell'impresa, nello stesso schema istituzionalista di analisi dei mercati interni del lavoro – cui in parte si è ispirato lo stesso Atkinson –, ma pure nelle teorie neo-istituzionaliste dell'impresa.

3. — *Le teorie dell'impresa competence-based* — Un primo ambito teorico, del tutto trascurato nel modello di Atkinson, da cui è possibile trarre argomenti per dubitare dei potenziali effetti benefici di una diffusione dei lavori a termine sul funzionamento dell'impresa, trae spunto da un importante filone della letteratura economica, poi confluita in un'ampia branca delle scienze sociali e nelle teorie di *strategic management*, sulle teorie *competence-based* dell'impresa.

Un contributo fondamentale allo sviluppo di tali teorie è rinvenibile nel lavoro di Edith Penrose del 1959 che, nell'ambito dell'analisi dei fattori che influenzano la crescita dell'impresa come «collezione di risorse produttive», dedica ampia parte del suo studio all'analisi delle risorse umane, le uniche capaci di incorporare conoscenze tecniche, abilità ed esperienza. La Penrose, in particolare, sottolinea la distinzione fra risorse e servizi che queste possono erogare. Il nodo cruciale dell'analisi dell'economista britannica è che una data serie di risorse produttive può, nel tempo, espandere e sviluppare le proprie capacità di erogare servizi e/o di produrre beni. Ne deriva la tesi secondo cui l'appartenenza continua e prolungata dei lavoratori all'impresa è una scelta strategicamente benefica, atteso che la perdita di un lavoratore si traduce in una perdita di conoscenze preziose per l'impresa medesima. Ogni impresa è *unica* e differente dalle altre proprio

perché è un combinato di risorse e di conoscenze che possono fornire ogni giorno nuove «opportunità produttive» in grado di plasmare il mercato, più che reagire passivamente a esso (26).

L'analisi della Penrose è coerente con l'approccio allo studio dei comportamenti d'impresa e alla natura del contratto di lavoro adottato da Frank H. Knight (27). Tale approccio evidenzia come, in un mercato caratterizzato da elementi di incertezza, i soggetti con minore propensione al rischio preferiranno mettere la propria attività alle dipendenze di un altro soggetto e così ottenere garanzie e un reddito fisso a prescindere dal verificarsi di eventi negativi che, dunque, eventualmente colpiranno il solo imprenditore il quale, avendo accettato il rischio, sopporterà il costo degli eventi negativi medesimi (28). Nella visione di Knight, tuttavia, l'impresa, in generale, e il contratto di lavoro, in particolare, hanno anche la funzione di porre l'imprenditore al riparo da tutta una serie di incertezze connesse alle difficoltà di misurare accuratamente la qualità e il valore degli *skills* di un individuo, nonché all'incapacità di prevedere gli *skills* che gli serviranno nel futuro (29).

Le teorie dell'impresa basate sulla conoscenza hanno prodotto una copiosa letteratura economico-organizzativa che si è occupata delle connessioni fra i vari tipi di flessibilità e la capacità dell'impresa di innovarsi costantemente tramite uno sviluppo delle risorse e delle *capabilities* (30). Secondo tale approccio, vi sarebbe una evidente correlazione negativa fra utilizzo della flessibilità numerica in entrata e sviluppo dei processi di innovazione. Un elevato *turnover* delle risorse e/o una deregolamentazione dei rapporti di lavoro con un termine finale inciderebbero negativamente sulla capacità dell'azienda di innovare i propri prodotti e/o servizi, poiché appunto tale *turnover* produrrebbe una svalutazione del capitale cognitivo dell'azienda medesima (31), un im-

(26) E. Penrose, *The theory of the Growth of the Firm*, Oxford, 1959.

(27) F. Knight, *Risk, Uncertainty and Profit*, Chicago-London, 1921.

(28) Cfr. P. Ichino, *Lezioni di diritto del lavoro*, cit., p. 8.

(29) Cfr. F. Knight, cit., p. 223.

(30) Sulle teorie dell'impresa basate sulla conoscenza, nell'ambito delle teorie sui processi di disintegrazione verticale dell'impresa, v. A. Lo Faro, *Processi di outsourcing e rapporti di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2003, ed. provvisoria, p. 43. La nozione di *capabilities* nella letteratura economico-organizzativa si deve a G. Richardson, *The Organization of Industry*, in *Ec. jour.*, 1972, p. 79.

(31) J. Michie, M. Sheehan, *Labour Market Deregulation, «Flexibility» and Innovation*, in *Cambridge Jour. ec.*, 2003, p. 123.

poverimento del rendimento produttivo dei lavoratori in termini di flessibilità funzionale e, di conseguenza, una riduzione di quella che è stata definita la «flessibilità innovativa» dell'impresa (32).

4. — *L'economia istituzionale e i «mercati interni» del lavoro* — Un altro ambito teorico che conferma i dubbi del giurista sugli effetti benefici per l'impresa di una cospicua diffusione di relazioni contrattuali a termine è, poi, rinvenibile in quella letteratura economica istituzionalista, cui lo stesso Atkinson si era ispirato, senza tuttavia tenere conto di alcuni importanti insegnamenti da quella teoria sviluppati. Il modello *core-periphery*, infatti, non prende in considerazione tutta una serie di circostanze e di fattori istituzionali chiave, che invece avevano spinto Doeringer e Piore a considerare maggiormente efficienti per l'impresa i mercati interni del lavoro. Secondo l'approccio istituzionalista sopra ricordato, numerosi sono i fattori che generano e rendono più convenienti per le imprese e per i lavoratori lo sviluppo di mercati interni del lavoro. La specificità della professionalità del lavoratore che richiede un particolare addestramento, le conoscenze specifiche acquisite dal lavoratore in azienda, la familiarità con l'ambiente e con i colleghi di lavoro e/o l'appartenenza a un gruppo (33), ma pure la sussistenza di consuetudini.

La «consuetudine» — secondo Doeringer e Piore —, riferita a un contesto di lavoro, è definita come un complesso di norme di comportamento non formalizzate generate dalle esperienze passate. Quando l'occupazione è stabile, i lavoratori si trovano in una continuità di rapporti che consente la formazione di gruppi sociali, tendenti a generare una serie di norme che governano le relazioni tra i membri del gruppo e tra il gruppo e l'ambiente esterno.

Come è stato recentemente scritto, per il giurista del lavoro l'approccio economico istituzionalista fornisce una certa «sensazione di aria di casa» (34). Secondo tale approccio, infatti, i mercati interni del lavoro non sono da preferire soltanto perché in grado di garantire u-

(32) Sulla «flessibilità innovativa» v. T. Killick, *The Flexible Economy*, London, 1995, p. 15.

(33) Sotto tale profilo P. B. Doeringer, M. Piore, cit., p. 205, richiamano espressamente l'idea di impresa come *gruppo* sviluppata dalla Penrose.

(34) Sull'istituzionalismo, e per una analisi delle ragioni per le quali «il giuslavorista possa sentirsi a suo agio con esso», si rinvia alle riflessioni di R. Del Punta, cit., pp. 24 ss.

na maggiore efficienza per l'impresa, ma pure perché in grado di assicurare il rispetto di valori quali l'«equità» e la «giustizia», così sottolineando il ruolo delle istituzioni nel promuovere meccanismi di «giustizia distributiva» (35).

Dopo gli anni settanta e ottanta la letteratura di impostazione istituzionalista non ha più prodotto risultati significativi. Gli strumenti analitici introdotti non sono stati, tuttavia, del tutto abbandonati, poiché – come si vedrà nelle pagine che seguono – taluni elementi che hanno indotto tale teoria a valorizzare i mercati interni del lavoro trovano riscontro pure in altri più recenti modelli economici di analisi del rapporto e del mercato del lavoro.

5. — *I costi di transazione e il neo-istituzionalismo* — Sotto un diverso punto di vista è possibile poi ricordare come la propaganda delle strategie di *turnover* quale ricetta per una efficiente gestione dell'impresa trascura di considerare alcuni dei postulati di un'altra cospicua parte della letteratura economica di impostazione neo-istituzionalista, che ha teorizzato la sussistenza di «costi d'uso del mercato».

La paternità della «scoperta» della presenza di *marketing costs*, come è ormai noto anche ai giuristi del lavoro, è da attribuire all'economista inglese Ronald Coase che, in un celebre saggio del 1937 (36), ha messo in evidenza come servirsi del mercato comporti dei costi che divengono sempre più elevati man mano che aumenta il numero di soggetti coinvolti. Se tutte le transazioni potessero avere luogo senza costo il mercato sarebbe il miglior regolatore di sé stesso. Ma il mercato non è perfetto e usarlo ha un costo. L'impresa, dunque – secondo Coase –, esiste perché in molte occasioni l'organizzazione delle relazioni contrattuali tramite gerarchia/impresa può essere una soluzione più efficiente del ricorso al mercato.

L'intuizione di Coase è stata più tardi sviluppata da Oliver Williamson nella cosiddetta «economia dei costi di transazione» (37). I costi di transazione – che altro non sono che dei fallimenti del mercato

(35) Cfr. D. Levine e altri, *How New is the «New Employment Contract»?*, W. E. Upjohn Institute for Employment Research, 2002, p. 9.

(36) R. Coase, *The nature of the firm*, in *Economica*, 1937, n. 4, p. 386.

(37) O. E. Williamson, *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications*, The Free Press, 1975; Ead, *The Economics of Organization: the Transaction Cost Approach*, in *American jour. soc.*, n. 3 (entrambi gli scritti sono qui citati nella traduzione italiana in R. Nacamulli, A. Rugiadini, cit., pp. 161 e 285).

– sono prodotti da fattori sia umani, sia ambientali. I fattori umani sono dovuti al fatto che gli individui sono dotati di una «razionalità limitata», di scarse capacità di elaborare le informazioni e l'esperienza acquisita, e sovente pongono in essere comportamenti opportunistici. Vi è poi una numerosa serie di fattori ambientali che fanno aumentare i costi di transazione: informazioni asimmetriche, incertezza, complessità delle informazioni. Nell'approccio di Williamson non è dato rinvenire alcuna valutazione di preferenza per il mercato o la gerarchia, perché di volta in volta la struttura organizzativa ottimale di una impresa sarà quella che meglio consentirà di minimizzare i costi di transazione (38).

Con riguardo alle relazioni di impiego Williamson mostra una certa predilezione per le relazioni contrattuali stabili, in grado di impedire comportamenti opportunistici da entrambe le parti. Tuttavia, dal punto di vista del giurista del lavoro, è possibile rilevare come la visione di Williamson sia miope o, al più, confidi eccessivamente nelle doti del mercato. Il problema dei costi di transazione è, infatti, collegato in maniera proporzionale al grado di specificità di una data risorsa per l'impresa. Quando, precisa l'Autore, «le mansioni svolte da risorse umane non sono specifiche e la loro efficacia è facilmente misurabile, per cui queste possono valutarsi continuamente confrontandole con le condizioni presenti nel mercato, né l'impresa, né i lavoratori hanno interesse a mantenere il rapporto: i lavoratori possono cambiare impiego senza perdita di produttività e l'impresa può rimpiazzarli senza incorrere in costi di apprendimento; di fatto nessuna struttura di governo è escogitata a sostegno delle relazioni in atto. Difatti la relazione di impiego termina quando una delle due parti è sufficientemente insoddisfatta: possiamo dire che esiste un mercato *spot* del lavoro» (39).

La preferenza per le relazioni stabili è dunque riferita solo ai lavoratori *asset specific*, cioè ai lavoratori maggiormente qualificati, ma – appunto – si tratterebbe di una prospettiva miope perché, come è stato osservato, tale analisi considererebbe efficiente l'attribuzione di tutele a chi ne avrebbe meno bisogno (40).

(38) Tale teoria è stata oggetto di particolari attenzioni da parte dei giuslavoristi; v. i contributi di P. Loi, cit., p. 547; R. Del Punta, cit., p. 29; P. Ichino, *Lezioni di diritto del lavoro*, cit., p. 6.; A. Lo Faro, cit., pp. 27 ss.; nella letteratura anglosassone v. S. Deakin, F. Wilkinson, *Il diritto del lavoro e la teoria economica: una rivisitazione*, in *DLRI*, 1999, p. 592.

(39) O. E. Williamson, cit., p. 304.

(40) Così A. Lo Faro, cit., p. 39.

Se tale miopia in parte è davvero addebitabile a Williamson, è però anche vero che quella del mercato *spot* del lavoro è solo una delle possibili strutture organizzative prese in considerazione dall'Autore, e nemmeno la più importante. Vi sono numerose altre condizioni in cui Williamson mostra di ritenere più efficienti le relazioni di lunga durata. Si tratta dei casi in cui, pur non essendo le risorse specifiche, il lavoro non può essere misurato facilmente, perché magari si tratta di un lavoro svolto all'interno di una squadra, la cui produttività non può che essere valutata collettivamente (41); oppure con riguardo a mansioni in cui l'apprendimento *on the job* ha un peso specifico (42); o, infine, in tutti quei casi in cui l'impresa si struttura come «gruppo relazionale», vale a dire tramite relazioni contrattuali basate sulla fiducia, sulla sicurezza del posto di lavoro e sulla sicurezza contro lo sfruttamento. In tutti questi casi, precisa Williamson, sia il datore, sia il lavoratore sono interessati a mantenere la continuità della relazione di impiego (43). Le relazioni di impiego rappresentano, dunque, una di quelle ipotesi in cui l'«atmosfera» (44) – intesa come contesto culturale in cui operano i soggetti – può influenzare in maniera significativa la scelta verso il mercato o la gerarchia.

Non è possibile, dal punto di vista giuslavoristico, enfatizzare oltre la posizione di Williamson; nella sua teoria dei costi di transazione non ci sono i diritti (45): c'è solo l'efficienza. Non c'è la necessità di tutelare la dignità del lavoratore, ma solo quella di invitare gli operatori economici ad attrezzarsi per prevenire i fallimenti del mercato. Non c'è la pretesa di assicurare al lavoratore una occupazione stabile, né di garantirgli che al termine della relazione lavorativa possa trovarne un'altra; non c'è insomma l'anima, vecchia e nuova, del diritto del lavoro.

Tuttavia, come si vedrà nelle pagine che seguono, la teoria di Coase, come interpretata e sviluppata da Williamson, ha costituito il presuppo-

(41) Williamson si riferisce al modello di impresa A. Alchian, H. Demsetz, *Production, Information Costs, and Economic Organization*, in *American ec. rev.*, 1972, p. 777, che, in sostituzione del mercato, consente di economizzare i costi di scoperta dei risultati, e in cui la produzione di squadra consente di minimizzare i cosiddetti «costi di elusione» (costi sostenuti quando il lavoratore non si identifica con gli obiettivi aziendali).

(42) Vale a dire i casi in cui P. B. Doeringer e M. Piore, cit., pp. 201 ss., avevano ipotizzato la necessità di sviluppo dei mercati del lavoro interni.

(43) O. E. Williamson, cit., p. 305.

(44) O. E. Williamson, cit., p. 182.

(45) Così R. Del Punta, cit., p. 32.

sto per la costruzione di alcuni modelli economici che hanno largamente influenzato pure il dibattito giuslavoristico degli anni novanta.

6. — *I modelli economici che presuppongono l'esistenza di costi di turnover e i possibili effetti di una liberalizzazione dei contratti a termine* — Si è visto, fino a ora, come nella letteratura economica non manchino analisi che abbiano considerato le relazioni di lavoro stabili come soluzione più efficienti rispetto a pratiche di *turnover*. La letteratura fino a ora analizzata si è tuttavia soffermata sui profili riguardanti le valutazioni e i comportamenti dei singoli operatori nella ricerca delle strategie aziendali maggiormente efficienti. Nulla si è detto ancora sui possibili effetti benefici della diffusione dei lavori a termine sui livelli occupazionali. A quest'ultimo proposito è possibile ricordare come numerosi sono ormai gli studi economici che hanno messo in evidenza l'inesistenza di una positiva e univoca correlazione fra liberalizzazione dei lavori a termine e aumento dei livelli occupazionali (46).

Al fine di comprendere meglio talune critiche avanzate contro una deregolamentazione *tout court* dei lavori a termine può essere opportuno analizzare brevemente alcuni ulteriori modelli economici: si tratta di analisi che sono state utilizzate per spiegare economicamente la presenza e la persistenza dei tassi di disoccupazione, ma che pure hanno contribuito a chiarificare la *ratio* di talune strategie aziendali nella determinazione dei salari e nella preferenza verso relazioni contrattuali stabili, in luogo di pratiche di *turnover*. I tre modelli teorici che brevemente saranno presi in considerazione nelle pagine che seguono riguardano le teorie sui salari di efficienza, il modello *insider-outsider* e il modello di *search*.

6.1. — *La job security nei modelli efficiency wages e insider-outsider* — Le «teorie sui salari di efficienza» – cosiddetti *efficiency wages models* – e il modello *insider-outsider* costituiscono due possibili impostazioni teoriche utilizzate dalla letteratura economica per analizzare i meccanismi sottesi alla determinazione dei salari, ma soprattutto per

(46) Emblematico è, ad esempio, il caso spagnolo, in cui più evidente è stato il fallimento – in termini di crescita occupazionale – delle politiche di liberalizzazione dei contratti a termine; sul punto v. M. Guell, B. Pentrangolo, *How binding are legal limits? Transition from temporary to permanent work in Spain*, Discussion Paper Iza, Dp n. 782, Bonn, 2003; J. Dolado, C. Serrano, J. Jimeno, *Drawing lessons from the boom of temporary jobs in Spain*, in *Ec. jour.*, 2002, p. 270.

spiegare il fenomeno della disoccupazione di lunga durata facendo riferimento, da un punto di vista microeconomico, al comportamento degli operatori sui mercati del lavoro.

Presupposto di entrambe le teorie è l'esistenza di «costi di *turnover* del lavoro», che altro non sono che un «tipo di costi di transazione, come teorizzati da Coase e da Williamson» (47), in grado di influenzare i comportamenti delle imprese e quelli dei lavoratori. In particolar modo, presupposto del modello *efficiency wages* è che i salari siano determinati unilateralmente dalle imprese, mentre nel modello *insider-outsider* l'indagine si concentra sulla possibilità dei lavoratori e delle organizzazioni sindacali di influire sulla determinazione dei salari medesimi.

a) Nella letteratura economica vi è una pluralità di *efficiency wages models* (48). Tutti traggono spunto dal fatto che le imprese dispongono di informazioni imperfette (o asimmetriche) sulla produttività e/o sul comportamento dei lavoratori. Tale premessa spinge le imprese a prendere in considerazione una serie di circostanze connesse alla possibilità di *turnover*. In particolare, l'imprenditore sarebbe in grado di conoscere la produttività media dei lavoratori già occupati, sulla base delle loro caratteristiche, ma non sarebbe in possesso di alcuna informazione sulla produttività di un lavoratore di nuova assunzione. Semplificando notevolmente la complessità del ragionamento, l'ipotesi fondamentale che accomuna tali modelli economici perviene alla conclusione in base alla quale l'impresa, in presenza di asimmetrie informative, troverebbe conveniente mantenere le persone già occupate e qualificate anche se con salari più alti, poiché vi sarebbe una diretta corrispondenza fra maggiori salari e maggiore produttività media del lavoro. L'ammontare dei salari includerebbe anche il cosiddetto «costo di efficienza del lavoro», vale a dire la possibilità di usufruire di lavoro già qualificato/addestrato e la cui produttività è già stata testata all'interno dell'azienda, piuttosto che sostenere i costi – evidentemente incerti e potenzialmente più elevati – di nuove assunzioni. Per ogni nuova assunzione, infatti, le imprese devono sopportare un costo (identificabile in uno spreco di tempo e di risorse) al fine di

(47) A. Lindbeck, D. J. Snower, *The Insider-Outsider Theory: A Survey*, Iza Discussion Paper Series, n. 534, 2002, p. 3.

(48) V. C. Lucifora, *La teoria dei salari di efficienza*, Milano, 1990; v. inoltre P. Ichino, *Lezioni di diritto del lavoro*, cit., p. 446.

equiparare il lavoratore proveniente dall'esterno a quello già occupato, nello svolgimento dei medesimi compiti produttivi (49). Tale teoria, dunque, trova fondamento nella presenza di fallimenti del mercato definibili di «selezione avversa» (*adverse selection*), dovuti al fatto che l'impresa, non essendo in grado di conoscere *ex ante* la produttività di un lavoratore di nuova assunzione, potrebbe commettere errori nella selezione.

Vi sono, poi, altre versioni della teoria dei salari di efficienza che prendono invece in considerazione i rischi connessi a comportamenti opportunistici di una delle parti (*moral hazard*). In queste ulteriori versioni, si presuppone che il lavoratore abbia la tendenza a sottrarsi ai suoi obblighi produttivi, e abbia, cioè, la tendenza a comportarsi come uno *shirking worker* (uno «scansafatiche»). Per evitare tale comportamento, le imprese sarebbero indotte ad aumentare il livello del salario, così da sollecitare lo sforzo del lavoratore che temendo di rimanere senza lavoro, in un contesto di disoccupazione involontaria, sarebbe spinto a impegnarsi di più (50).

Secondo una ulteriore versione di tale teoria, la produttività del lavoratore non sarebbe soltanto collegata al salario, ma anche al livello qualitativo della relazione fra datore e lavoratore e, in generale, alla percezione del lavoratore di essere trattato equamente (*fairly*), di essere stimato e apprezzato. In questa versione il salario non rappresenterebbe solo la remunerazione per il lavoro svolto, ma pure – in chiave psicologica – una sorta di «dono» (*gift*) avente la funzione di premiare l'impegno mostrato dal lavoratore (51).

Le teorie sui salari di efficienza sono state utilizzate, oltre che per spiegare i possibili meccanismi che determinano l'ammontare dei salari, anche per fornire una risposta alla cosiddetta «disoccupazione involontaria di equilibrio» (52). In base a tale teoria, infatti, la rigidità dei salari verso il basso determina la presenza nel mercato di un livello naturale di disoccupazione.

(49) V. la versione *turnover model* di J. E. Stiglitz, *Equilibrium Wage Distributions*, in *Ec. jour.*, 1985, p. 595.

(50) V. la versione *shirking model* proposta da C. Shapiro, J. Stiglitz, *Equilibrium Unemployment as a Worker Device*, in *The American ec. rev.*, 1984, p. 433.

(51) È questa la versione *sociological or gift-exchange model* di G. Akerlof, *Labour Contracts as Partial Gift Exchange*, in *Quar. jour. ec.*, 1982, p. 543.

(52) G. Corneo, *I salari di efficienza*, Cap. XIV, in Brucchi Luchino (a cura di), *Manuale di economia del lavoro*, Bologna, 2001, p. 315.

Ciò che però in questa sede preme sottolineare è il fatto che – in tali modelli – le imprese scelgono *strategicamente* di pagare salari elevati ai propri lavoratori e di evitare pratiche di *turnover*, sul presupposto che questa sia la soluzione più efficiente. Stabilità del lavoro ed elevati salari sono la «ricetta» per tutelarsi contro i rischi di un *turnover*, che a causa di asimmetrie informative potrebbe rivelarsi molto costoso, ma pure per stimolare la produttività dei lavoratori, per scoraggiare comportamenti opportunistici, per creare una relazione fra datore e lavoratore psicologicamente incentivante ecc.

A questo punto il giurista non può che prendere atto che esiste un intero filone di letteratura economica che considera le strategie di *turnover* come tendenzialmente inefficienti, così risultando – ancora una volta – intaccata l'assolutezza del postulato di una positiva correlazione fra utilizzo dei lavori a termine e aumento della competitività dell'impresa. Da questo punto di vista, l'impatto di una liberalizzazione dei contratti con un termine finale di durata potrebbe avere un effetto ambiguo, poiché i nuovi assunti potrebbero avere la percezione di essere una sorta di *buffer stock* (53), di cui ci si libererà a breve e, in ogni caso, al ricorrere di condizioni economiche non favorevoli. Tale situazione e la consapevolezza da parte degli stessi di trovarsi in una situazione lavorativa senza futuro, potrebbe aumentare le possibilità che tali lavoratori si comportino come *shirking workers*, così pregiudicando i livelli di produttività aziendali.

Probabilmente si potrebbe pervenire a una diversa valutazione qualora l'assunzione a termine fosse percepita dal lavoratore come «periodo di prova». In tal caso, infatti, il lavoratore potrebbe avvertire la possibilità di una futura assunzione e tempo indeterminato come «dono» – nell'accezione di Akerlof (54) – cui poter legittimamente aspirare, e dunque essere spinto a impegnarsi anche se assunto con un contratto a termine. Considerazioni in parte diverse possono pure essere fatte nel caso del lavoro temporaneo tramite agenzia: in questo caso, dal punto di vista delle asimmetrie informative sulle reali capacità dei nuovi assunti, è probabile che il ricorso al lavoro temporaneo tramite agenzia possa ridurre taluni costi per l'impresa, garantendo l'invio presso l'utilizzatore di lavoratori temporanei già collaudati. È probabile, inoltre, che il lavora-

(53) Sui lavoratori temporanei come *buffer stock* v. A. Booth, M. Francesconi, J. Frank, *Temporary jobs: Stepping stones or Dead ends*, in *Ec. Jour.*, 2002, p. 189.

(54) G. Akerlof, cit., p. 513.

tore temporaneo inviato da una agenzia possa anche astenersi dal comportarsi come uno *shirking worker*, consapevole che dal suo comportamento presso quella impresa utilizzatrice possa dipendere la possibilità di lavorare ancora con la agenzia che lo ha inviato in missione.

In ogni caso, è bene precisare che gli effetti di una diffusione dei lavori a termine alla luce delle teorie sui salari di efficienza rimangono fortemente ambigui. Il datore sarebbe, infatti, propenso a rifiutare nuove assunzioni anche qualora il nuovo assunto accettasse di lavorare a un salario inferiore a quello dei lavoratori già occupati, poiché – come si è visto – vi è un costo di efficienza del lavoro che potrebbe in ogni caso rendere la nuova assunzione più costosa rispetto alla strategia di mantenere salari elevati per i lavoratori occupati stabilmente. Se a tutto questo si aggiunge che laddove – come impone la Direttiva comunitaria per il lavoro a termine – esiste un principio di parità di trattamento fra lavoratori temporanei e lavoratori a tempo indeterminato, sarà facile constatare che l'impresa non potrà nemmeno cercare di addossare tale costo di efficienza del lavoro sul nuovo assunto.

b) Pure il modello *insider-outsider* teorizzato da Lindbeck e Snower nel 1988, e divulgato da Pietro Ichino nel dibattito giuslavoristico italiano, prende spunto dalla sussistenza di costi di *turnover* delle risorse in grado di attribuire ai lavoratori *insider* un elevato potere contrattuale nei confronti del datore.

La teoria *insider-outsider* è stata utilizzata per spiegare come, in presenza di cause esogene che provocherebbero una disoccupazione di breve periodo, il comportamento individuale e/o collettivo dei lavoratori che rimangono occupati (*insider*) è tale da rendere più difficile il reinserimento nel mercato di coloro che ne sono stati temporaneamente esclusi (*outsider*). I costi di *turnover* possono avere una triplice natura: a) costi di assunzione (ricerca e selezione), formazione (e inserimento nel contesto aziendale) e costi di licenziamento (55); b) costi dovuti ad asimmetrie informative sulla produttività dei nuovi assunti; c) costi dovuti al comportamento degli *insider* che coalizzandosi fra loro potrebbero rifiutarsi di collaborare con i nuovi lavoratori. Tale comportamento, definito *harassment*, potrebbe avere effetti rilevanti sulla produttività

(55) Che sono – come espressamente ricordano A. Lindbeck, D. J. Snower, *The Insider-Outsider Theory of Employment and Unemployment*, Cambridge Mass., 1998, p. 45 – quegli stessi costi che rendono il lavoro un «fattore quasi fisso». Sulla concezione del lavoro quale «fattore quasi fisso» fondamentale è stato il contributo fornito da W. Oi, *Labor as Quasi-Fixed factor*, in *Jour. pol. ec.*, vol. 70, n. 6, p. 538.

sia degli *insider* (che si impegnerebbero meno), sia degli *outsider* che non si integrerebbero nell'ambiente di lavoro, o si integrerebbero solo dopo molto tempo, per cui per un certo periodo il datore sarebbe costretto a pagare il lavoratore neo-assunto, nonostante la sua produttività sia inferiore alla produttività media degli *insider*. Ciò, a sua volta, farebbe aumentare il potere contrattuale degli *insider* e li spingerebbe a chiedere salari più elevati. Da questo punto di vista, il comportamento degli *insider*, con potere di mercato direttamente o per il tramite della loro appartenenza a organismi sindacali, si ergerebbe a vera e propria barriera al rientro dei disoccupati con effetti sia sulla produttività dell'azienda nel caso di nuove assunzioni, sia sul mantenimento di livelli elevati di disoccupazione (56).

Detti costi di *turnover*, sopra elencati, sono tutti *egualmente* importanti, per cui «è erroneo ritenere che tali costi di *turnover* siano rilevanti solo in quei mercati del lavoro caratterizzati da una legislazione protettiva stringente e da un elevato livello di sindacalizzazione, come in molti paesi europei. Pure da recenti indagini è, infatti, possibile rilevare come tali costi di *turnover* del lavoro siano diffusi e significativi pure in assenza di costi di licenziamento, di sindacalizzazione, o di altre forme di legislazione protettiva del lavoro» (57). Il dualismo *insider-outsider* è, dunque, una questione complessa che certamente non può essere risolta unicamente tramite processi di deregolazione delle tutele degli *insider*, poiché come si è visto altre, e ugualmente importanti, sono le barriere che gli *insider* potrebbero ergere contro l'ingresso degli *outsider*.

Agli occhi del giurista, tuttavia, se già il rapporto *insider-outsider* appare problematico – considerando gli *outsider* come lavoratori che, entrando in azienda con un contratto di lavoro a tempo indeterminato, aspirano a diventare *insider* – tutto sembra destinato a complicarsi se l'*outsider* resta tale pure una volta fatto ingresso in azienda. Ciò accade nell'ipotesi in cui il nuovo assunto non abbia un contratto a tempo indeterminato, bensì un contratto a termine. Allora la questione non è più fra chi sta dentro e chi sta fuori, ma fra chi sta dentro in una posi-

(56) Sul punto cfr. la ricostruzione proposta da A. Ichino, P. Ichino, cit., p. 475. V. però le osservazioni di R. Del Punta, *Ragioni economiche, tutela dei lavoratori e libertà del soggetto*, in *RIDL*, 2002, p. 405, che sottolinea come tale teoria sia stata utilizzata al di là delle sue implicazioni originali per sottoporre a critica l'esistenza di una disciplina sui licenziamenti e per mettere a nudo l'antitesi, politicamente e sindacalmente esplosiva, fra occupati e disoccupati.

(57) A. Lindbeck, D. J. Snower, *The Insider-Outsider Theory: A Survey*, cit., p. 8.

zione tendenzialmente garantita e chi sta dentro senza garanzie di sicurezza. Tale connubio di *insider* e *outsider* all'interno della medesima azienda può avere effetti perversi e contraddittori.

Il problema della *job security* assume, nella teoria di Lindbeck e Snower, una importanza centrale per comprendere il comportamento dei lavoratori, siano essi *insider* o *outsider*. Nel riprendere e sviluppare alcuni assunti della teoria sui salari di efficienza, Lindbeck e Snower individuano, infatti, una positiva e diretta correlazione tra *job security* e produttività dei lavoratori.

Quando l'impresa aumenta il tasso di *turnover*, così minacciando di sostituire gli *insider* con degli *outsider*, la produttività degli *insider* diminuisce poiché tale minaccia influisce sul morale provocando un minor attaccamento al lavoro (58). Nell'ipotesi in cui vi sia una legislazione protettiva contro i licenziamenti e in presenza di un principio di parità di trattamento fra lavoratori a termine e lavoratori *standard*, non è invece escluso che il ricorso da parte del datore a contratti a tempo determinato possa produrre altri effetti indesiderati, quale ad esempio un rafforzamento del potere di contrattazione degli *insider* sui salari, nella consapevolezza che in caso di difficoltà i primi a essere espulsi dall'azienda saranno i lavoratori a termine (considerati appunto come un *buffer stock*) (59). Pure dal punto di vista del neo-assunto un elevato grado di *turnover* praticato dall'azienda può condurre a un aumento dei costi (60). Il nuovo assunto a termine godrà di una scarsa o nulla *job security*, con poche prospettive di potersi costruire una reputazione all'interno dell'azienda e di farvi carriera e, dunque, come insegna la teoria dei salari di efficienza, sarà maggiormente propenso «a non sforzarsi troppo».

Lindbeck e Snower, in particolare, evidenziano la necessità di distinguere due tipologie di *job security* che possono influire diversamente sulla produttività dei lavoratori e sulle quali, sovente, vi è confusione. Vi è, infatti, una *micronomic* e una *macroeconomic job security*. La prima è la sicurezza di poter rimanere in una data azienda; la seconda, invece, concerne la sicurezza di potersi facilmente rivolgere al mercato del lavoro e poter trovare una nuova occupazione alle medesime condizioni. Mentre il primo tipo di sicurezza influisce positi-

(58) A. Lindbeck, D. J. Snower, *The Insider-Outsider Theory of Employment and Unemployment*, cit., p. 119.

(59) Così S. Bentolilla, J. Dolado, *Spanish labour markets*, in *Ec. pol.*, 1994, p. 53.

(60) A. Lindbeck, D. J. Snower, *op. loc. ult. cit.*, p. 45.

vamente sulla produttività del lavoratore, aumentandola; il secondo tipo di sicurezza potrebbe, al contrario, generare comportamenti opportunistici del lavoratore, sicuro di poter trovare un'altra occupazione (61). Alla luce di tali premesse, pare possibile trarre le seguenti conseguenze: se al lavoratore manca la *micronomic job security* vi sarà la possibilità di comportamenti scarsamente produttivi; se il lavoratore ha la *macroeconomic job security* l'impresa, per evitare cali nella produttività, sarà costretta a incrementare il salario in funzione incentivante. In nessuno dei due casi, tuttavia, può dirsi conveniente per l'impresa favorire pratiche di *turnover* a causa degli elevati costi cui potrebbe andare incontro.

Il problema, comunque, rimane aperto. La teoria *insider-outsider* è una teoria sulla disoccupazione e il livello di disoccupazione rimane, soprattutto in Europa, elevato. La domanda finale di Lindbeck e Snower sul *cosa fare* appare pertanto oggi più attuale che mai. Non vi è tuttavia un'unica strada proposta dagli Autori, poiché almeno due sono le soluzioni di politica del diritto proponibili. La prima, forse più nota perché sponsorizzata dalle tesi più liberiste, è quella di ridurre il potere degli *insider*, smantellando – laddove esista – la legislazione di tutela, riducendo il potere dei sindacati ecc. Questa strada tuttavia implica dei costi per l'impresa, dovuti a possibili cali nella produttività degli *insider* ecc. La seconda soluzione proposta concerne invece l'opportunità di sviluppare le potenzialità degli *outsider*, dando a questi maggior voce nelle negoziazioni sindacali; favorendo meccanismi di apprendistato che facilitino l'ingresso e l'adattamento dei nuovi assunti al contesto lavorativo e, al medesimo tempo, riducano i costi di assunzione; sviluppando programmi di formazione che accrescano le competenze degli *outsider* e li aiutino a rientrare nel mercato del lavoro; oppure ancora favorendo le assunzioni degli *outsider* nelle nuove imprese (62).

In ogni caso, è certo che una liberalizzazione *tout court* dei lavori a termine non sia presa in considerazione come strada da seguire, poiché – come si è visto – se è vero che i costi di *turnover* possono causare disoccupazione, è anche vero che il *turnover* in sé è il più delle volte sinonimo di inefficienza per l'impresa.

(61) A. Lindbeck, D. J. Snower, *op. loc. ult. cit.*, p. 140.

(62) A. Lindbeck, D. J. Snower, *op. loc. ult. cit.*, p. 260. Sul rafforzamento del ruolo degli *outsider* v. pure S. Deakin, F. Wilkinson, *cit.*, p. 611.

6.2. — *Il modello search e i transitional labour markets* — Un altro ambito teorico da cui è possibile trarre utili spunti per riflettere sui potenziali effetti di una liberalizzazione dei contratti a tempo determinato è fornito dai cosiddetti modelli di *search*, noti anche come «teorie della ricerca del posto di lavoro» (63). In estrema sintesi, è possibile ricordare che in tali modelli si assume che gli offerenti di lavoro preferiscano restare in cerca di un lavoro, anziché accettare qualunque lavoro disponibile, fino a quando non trovino una occupazione «che massimizza la differenza fra reddito atteso grazie alla ricerca del posto di lavoro e i costi in cui il lavoratore incorrerebbe qualora continuasse tale ricerca» (64). Il comportamento dei lavoratori sarebbe, dunque, tale da determinare disoccupazione al li là del livello naturale.

Più di recente, tale modello è stato sviluppato da Christopher Pissarides, tramite una lettura meno rivolta a colpevolizzare il lavoratore per i fallimenti del mercato. Presupposto di tale teoria, secondo la ormai nota lezione coasiana, è che gli scambi nel mercato del lavoro costituiscono una *nontrivial economic activity* – vale a dire una attività economicamente costosa – per la presenza fattori eterogenei, di frizioni e di informazioni imperfette degli operatori. In ogni mercato del lavoro vi sono continui processi di *job creation*, quando una impresa cerca lavoratori, li seleziona e contratta con essi, ma pure contemporanei processi di *job destruction*, che si hanno quando un lavoratore passa da una situazione di occupazione a una situazione di disoccupazione (65). In ogni situazione di equilibrio vi sarà, dunque, un certo numero di lavoratori che cercano lavoro e un certo numero di imprese che creano e/o distruggono posti di lavoro. La rapidità e l'efficienza del processo di incontro fra lavoratori disoccupati e imprese con posti vacanti (*matching function*) dipende, ovviamente, da una complessa serie di variabili. Grazie all'insegnamento di Coase, si intuisce subito che tale processo di incontro normalmente non avviene istantaneamente, per le note frizioni prima ricordate, in relazione all'intensità della ricerca di entrambe le parti, alla presenza di redditi alternativi goduti dal lavoratore ecc. Tutte queste difficoltà possono causare fenomeni di *mismatch*, vale a dire situazioni inefficienti nelle

(63) Per una ricognizione delle varianti di tale modello v. B. Petrangolo, *Equilibrio in presenza di frizioni*, Cap. VII, in Brucchi Luchino, cit., pp. 159 ss.

(64) Cfr. L. Frey, *La problematica occupazionale in Europa: l'analisi degli economisti*, in *Quad. ec. lav.*, 1996, p. 113.

(65) C. Pissarides, *Equilibrium Unemployment Theory*, Cambridge Mass., 2000, p. 3.

quali lavoratori disoccupati e imprese con posti vacanti non si incontrano, così dando luogo a fenomeni di disoccupazione.

Il modello, sopra descritto in maniera elementare, conduce tuttavia a una immediata considerazione. Se è vero che l'incontro fra disoccupati e aziende con posti vacanti *normalmente* conduce a delle situazioni inefficienti che implicano costi per entrambe le parti e creano una situazione naturale di disoccupazione, tutto lascia presupporre che più elevato è il *turnover*, più vi saranno costi e difficoltà di incontro, e più elevato potrebbe essere il livello di lavoratori che non riescono facilmente a transitare da un lavoro a un altro. Sulla scorta di tale considerazione, pare lecito dubitare che non sia affatto automatico un aumento dei livelli occupazionali a seguito di una diffusione dei lavori a tempo determinato e, di conseguenza, di un maggiore *turnover* degli occupati.

In base al modello *search* pare tuttavia possibile evidenziare un diverso approccio nella letteratura economica secondo che i processi di *turnover* avvengano in virtù di un susseguirsi di contratti a tempo determinato o a mezzo di contratti di lavoro temporaneo tramite agenzia.

In quest'ultimo caso, talune analisi si sono soffermate sulla funzione di *matching* svolta dalle agenzie di lavoro temporaneo (66) che, essendo specializzate in questa attività di *search*, paiono in grado di ridurre i costi della ricerca di lavoro – soprattutto i costi dovuti a informazioni asimmetriche – che normalmente vengono sopportati dalle imprese e dai lavoratori. Le agenzie di lavoro temporaneo, oltre a ridurre i costi di ricerca e selezione, offrono al lavoratore talune prospettive di sicurezza, grazie alla possibilità – alla fine della missione – di ricollocarlo presso altre aziende. Alla luce di questa funzione collocativa, il lavoro temporaneo tramite agenzia è stato considerato uno strumento volto a favorire lo sviluppo di una occupazione «transizionale» (*transitional employment*). A loro volta, le agenzie per il lavoro opererebbero come *transitional labour markets*, vale a dire come istituzioni che facilitano il passaggio dei lavoratori da una occupazione a un'altra, o che riescono a supportare il

(66) Così M. Neugart, D. Storrie, *Temporary Work Agencies and Equilibrium Unemployment*, Discussion Paper Fs I 02 – 203, Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung, 2002. Sulla funzione di *matching* svolta dalle agenzie di lavoro interinale v. anche A. Ichino, F. Maelli, T. Nannacini, *Il lavoro temporaneo in Italia*, 2003, Rapporto finale per la ricerca su *Il Lavoro Interinale in Italia*, 2001; T. Nannicini, *The Take-Off of Temporary Employment in the Italian Labour Market*, Eui Working Paper Eco, n. 2004/9.

lavoratore nell'alternare periodi di lavoro a periodi di formazione (67). I *transitional labour markets* potrebbero, dunque, agevolare la funzione di *matching* riducendo i costi di transazione connessi alla ricerca del posto di lavoro, così attenuando quei possibili fallimenti del mercato in grado di far aumentare, anziché diminuire, i livelli di disoccupazione.

7. — *Diritto del lavoro e obiettivi di razionalizzazione* — Dalla breve e certamente non esaustiva ricognizione di alcuni modelli economico-organizzativi, nonché sui costi e benefici della diffusione dei contratti di lavoro a termine, pare potersi rilevare che – in fondo – molte delle teorizzazioni sulla flessibilità numerica in entrata non sono poi «così irresistibili» (68). Il confronto con l'economia è parso, in particolare, utile per dimostrare come, al di là dei facili *slogan*, non sia sempre così facile far quadrare il cerchio della competitività delle imprese, della sicurezza e della garanzia degli *standard* di trattamento dei lavoratori, dell'incremento dell'occupazione. Diversi sono, infatti, gli studi economici che – come si è visto – inducono a dubitare dell'efficienza di un sistema regolativo che favorisca la sostituzione di relazioni d'impiego «robuste» con percorsi lavorativi basati su relazioni contrattuali temporanee, incapaci di incentivare convenientemente l'investimento in capitale umano, e inadatte a generare nel lavoratore dipendente quel senso di attaccamento al lavoro che è certamente una componente della sua produttività (69). Lungi dall'essere vantaggioso per tutti, un modello di mercato del lavoro non regolato in cui si diffondono relazioni contrattuali «fragili» può dunque determinare esiti svantaggiosi o «inefficienti in senso paretiano» (70).

Alla luce delle riflessioni sopra fatte, è possibile ripartire dalle premesse da cui ha preso spunto il presente lavoro, vale a dire dall'indagine sugli obiettivi della regolazione sociale in materia di contratti a tempo determinato. A tal proposito, sulla scorta di quanto fino a ora rilevato, appare innegabile che se è vero che «un diritto che va contro l'economia

(67) V. G. Schmid, *Transitional Labour Markets. A new European Employment Strategy*, in B. Marin, D. Meulders, D. Snower (eds.), *Innovative Employment Initiatives*, Aldershot, 2000, p. 223.

(68) R. Del Punta, *Leconomia e le ragioni del diritto del lavoro*, cit., p. 19.

(69) Cfr. L. Costabile, *Riforme istituzionali e esiti economici: l'evoluzione della relazione di impiego e il ruolo del capitale umano specifico nell'esperienza italiana*, in *Ec. Pol.*, 2002, p. 358.

(70) L. Costabile, *Aspetti economici del Libro bianco del Ministero del Lavoro*, in *Studi economici*, 2002, n. 2, p. 120.

non è un diritto del lavoro che serve» (71), è anche vero che, nel tempo, il diritto del lavoro ha svolto, e può con maggiore incisione continuare a svolgere anche in futuro, una funzione di razionalizzazione e di controllo dell'uso della flessibilità da parte delle imprese, selezionando ciò che è davvero utile a esse, da ciò che è inutile, superfluo o, addirittura, solo dannoso per i lavoratori e per l'occupazione. Ad avviso di chi scrive, infatti, la materia dei contratti a termine, in ossequio ai mutamenti economico-sociali verificatisi nell'arco di poco meno di un secolo, ha costituito per il diritto del lavoro un fruttuoso terreno di scambio fra economia e diritto, sul quale, nel tempo, si sono plasmati i diversi interventi regolativi in funzione di «garanzia» e di «razionalizzazione».

L'intreccio indissolubile fra due distinte funzioni del diritto del lavoro, quella, appunto, «garantista» che enfatizza il ruolo del diritto del lavoro quale strumento di tutela dei prestatori, e quella «razionalizzatrice» del fattore lavoro, sviluppatesi nella tradizione giuridica socialdemocratica tedesca, è stato ben messo in evidenza da una autorevole dottrina che ha sottolineato come tale branca del diritto, all'origine, sia nata come quel campo in cui, «attraverso la regolamentazione giuridica dell'*operari dipendente*», avrebbe offerto «all'imprenditore gli strumenti legali della razionalizzazione del fattore lavoro». Il diritto del lavoro sarebbe nato, dunque, «al tempo stesso come strumento di razionalizzazione giuridica dell'economia e di razionalizzazione economica del diritto» (72). Alla base di tale funzione «razionalizzatrice» vi era l'immagine «titanica», di ispirazione weberiana, dell'imprenditore che riusciva a dominare razionalmente (73) e giuridicamente il processo industriale e i fattori della produzione, in relazione alla quale i principi del diritto del lavoro sono stati inizialmente formulati «per esaltare e non per limitare» i poteri imprenditoriali (74).

Nella cultura giuridica italiana, nel passaggio dallo Stato di diritto allo Stato sociale, la funzione «razionalizzatrice» del diritto del lavoro è stata, di fatto, per lungo tempo oscurata dal ruolo protagonista assun-

(71) M. Napoli, *Il diritto del lavoro e le pretese dell'economia*, in *Lavoro, Diritto, Mutamento sociale*, Giappichelli, Torino, 2001, p. 152.

(72) Le citazioni sono tratte da G. Vardaro, *Tecnica, tecnologia*, cit., p. 85.

(73) V. M. Weber, *Economia e società*, I, Milano, 1968. Sull'influsso weberiano nello sviluppo della teorizzazione della funzione razionalizzatrice del diritto v. P. Rossi, *Il processo di razionalizzazione del diritto e il rapporto con l'economia*, in R. Treves (a cura di), *Max Weber e il diritto*, Milano, 1981, p. 19.

(74) Così G. Vardaro, cit., p. 84.

to dalla funzione «garantista», attraverso la quale il diritto del lavoro ha imposto limiti alla autonomia privata individuale allo scopo prevalente di proteggere il lavoratore, contraente debole (75). Sul presupposto dell'ideologia liberale secondo cui la correttezza dell'esercizio del potere imprenditoriale fosse garantita da criteri obiettivi imposti dalla tecnologia industriale, il diritto del lavoro si è inizialmente limitato a esercitare tale funzione attraverso l'introduzione di condizioni minime di tutela volte a correggere la disparità di potere contrattuale. Solo con il tempo, come è noto, con la presa di coscienza che «le leggi razionali dell'organizzazione del lavoro (di tipo tayloristico) non fossero in grado di mantenere il potere organizzativo del datore di lavoro entro i limiti della discrezionalità tecnica», il legislatore italiano è progressivamente intervenuto a dettare una «normativa di ordine pubblico» con la quale si sono regolati «i rapporti di mercato fra imprenditore e lavoratori» (76), nella consapevolezza che il mercato del lavoro fosse «caratterizzato da spiccati aspetti di imperfezione e di squilibrio» e che, dunque, la legislazione, ma anche la contrattazione collettiva, potessero e dovessero svolgere una «funzione normalizzatrice del mercato» (77) medesimo, non ultimo tramite il controllo delle modalità di accesso al lavoro. La direttiva ideale di orientamento della regolazione laburista si è pertanto proposta, almeno in astratto, di «coniugare gli obiettivi di socialità con gli obiettivi di efficienza», con la precisazione che «l'efficienza non è un principio di composizione di contrasti sociali, ma un principio regolativo di essi, o se si vuole una regola del gioco, essenziale anche se certamente non esclusiva, che individua un termine di riferimento comune per le parti in conflitto, su cui si devono operare le misurazioni di compatibilità» (78).

Accanto alla prevalente funzione «garantista», il diritto del lavoro italiano ha così progressivamente recuperato la propria originaria fisionomia «razionalizzatrice», adeguandola però alla maturata consapevolezza

(75) Cfr. De Luca Tamajo, *La norma inderogabile*, cit., p. 43.

(76) Le citazioni sono tratte da L. Mengoni, *I poteri dell'imprenditore*, in *Diritto e valori*, cit., p. 387.

(77) Così G. Giugni, *Diritto del lavoro (voce per un'enciclopedia)*, cit., p. 272. V. pure U. Romagnoli, *Autorità e democrazia in azienda: teorie giuridico-politiche*, in *Lavoratori e sindacati tra vecchio e nuovo diritto*, Il Mulino, Bologna, 1974, p. 120, che sottolinea come «lo stesso imprenditore ha in realtà convenienza ad assoggettarsi a strumenti repressivi del proprio arbitrio per gestire in maniera più efficiente l'impresa».

(78) G. Giugni, *Il diritto del lavoro negli anni '80*, in *Lavoro legge contratti*, cit., p. 334.

che tale diritto potesse e dovesse essere strumento di razionalizzazione giuridica dell'economia non solo per assecondare, laddove opportuno, comportamenti datoriali diretti a organizzare il fattore lavoro in maniera flessibile, ma anche per correggere, indirizzare e/o disincentivare comportamenti irrazionali produttivi di inefficienze, oltre che ovviamente di costi sociali elevati a carico dei prestatori.

La regolazione laburista sembra, in particolare, essersi ispirata a tale funzione «razionalizzatrice» nei momenti in cui, accanto al perseguimento di obiettivi di tutela del soggetto debole, si è di fatto proposta l'obiettivo di correggere taluni fallimenti del mercato, e dunque di controllare talune scelte organizzative datoriali economicamente non giustificate, ma anche, con il mutare del contesto economico, di flessibilizzare talune rigidità normative ritenute, in parte, responsabili di aggravare situazioni di disoccupazione di lungo periodo.

8. — *La ratio della regolazione dei contratti a termine nell'ordinamento italiano per mezzo della norma inderogabile* — In coerenza con quanto sopra detto, è possibile rilevare come, tramite la regolazione dei contratti a termine, il legislatore italiano abbia cercato un punto di equilibrio fra l'esigenza datoriale di poter gestire la propria impresa nel modo più funzionale ai bisogni aziendali e al graduale mutamento delle condizioni tecnico-economiche della produzione, l'esigenza del soggetto debole del rapporto a non veder pregiudicate le proprie aspettative di reddito e di occupazione, nonché, con il passare del tempo, l'esigenza di tenere conto della difficile situazione occupazionale che ha afflitto l'economia italiana.

La regolazione sociale dei contratti a tempo determinato ha, infatti, ricercato un compromesso in grado di «armonizzare i valori dell'efficienza produttiva, di cui è portatore il potere organizzativo dell'imprenditore, con i valori di cui è portatore il fattore lavoro» (79). In tale prospettiva, consacrata nel disegno costituzionale dall'art. 41 Cost., commi 2 e 3, che ammette l'esistenza di limiti alla libertà di iniziativa economica quando essa si svolga «in contrasto con l'utilità sociale», tanto più l'intervento dello Stato a tutela del riequilibrio delle posizioni contrattuali, della sicurezza, libertà e dignità umana, è stato considerato opportuno e

(79) M. Persiani, *Diritto del lavoro e razionalità*, in *ADL*, 1995, p. 2. Sul punto v. pure F. Scarpelli, *Iniziativa economica, autonomia collettiva, sindacato giudiziario: dall'art. 41 Cost. alla recente legislazione sulle trasformazioni dell'impresa*, in *LD*, 1996, p. 16.

giustificato, quanto più si trattava non di annichilire la libertà di iniziativa economica, comprimendo i valori dell'efficienza, bensì di «razionalizzare» comportamenti potenzialmente produttivi di situazioni economiche non ottimali, e dunque di orientare le scelte datoriali verso soluzioni che fossero, al medesimo tempo, in grado di attenuare il prodursi di fallimenti del mercato e, soprattutto, più coerenti con gli obiettivi sociali della stabilità lavorativa, dell'equa distribuzione del lavoro, delle legittime aspirazioni dei lavoratori di poter intraprendere un percorso professionale ecc.

Nel ragionare secondo una prospettiva strettamente economica, nella materia *de qua*, la norma inderogabile è stata posta, con modalità e tecniche che si sono diversificate nel tempo, tenendo conto di una molteplicità di interessi degli attori operanti nel mercato. La disciplina inderogabile è stata dettata innanzi tutto nell'interesse del singolo lavoratore (80), al fine di evitare che tale soggetto, trovandosi in una situazione di debolezza contrattuale, possa porre in essere un «comportamento miopemente autolesionistico» (81), accettando una situazione lavorativa che lo priverebbe, nel breve periodo, della stabilità di reddito e di carriera, ma che, nel lungo periodo, potrebbe anche danneggiare il proprio sviluppo professionale, stante la mancanza di convenienza economica del datore a effettuare su di lui investimenti formativi, nonché contribuire a determinare una *job history* del lavoratore medesimo fatta di esperienze lavorative precarie in grado di influenzare negativamente la possibilità di trovare, in futuro, una occupazione stabile e ben retribuita.

A prescindere, poi, dall'interesse del singolo lavoratore, che in una data situazione potrebbe concretamente ritenere comunque per lui più conveniente accettare un lavoro a termine, anziché rimanere disoccupato, la regolazione inderogabile che governa la materia appare dettata anche nell'interesse della intera collettività dei lavoratori, per il perseguimento di obiettivi ritenuti complessivamente – *ex ante* e in astratto – più vantaggiosi per la collettività medesima. Da questo punto di vista, l'imposizione di limiti alla possibilità di apporre un termine al contratto di lavoro appare funzionale, oltre che a garantire maggiori possibilità di investimenti formativi sulle risorse umane, con evidente beneficio per l'in-

(80) Per rispondere a uno dei più importanti interrogativi che, secondo A. Ichino, P. Ichino, cit., p. 465, si pone l'economista nello studio della norma laburista avente carattere inderogabile.

(81) A. Ichino, P. Ichino, cit., p. 465.

tera collettività di lavoratori, soprattutto a limitare un eccesso di processi di *job creation* e *job destruction* che – come insegnano le cosiddette «teorie della ricerca del posto di lavoro» –, a causa delle difficoltà connesse al meccanismo di incontro fra lavoratori e imprese con posti vacanti, possono aggravare, anziché correggere, il livello di disoccupazione.

La norma inderogabile, infine, soprattutto quando si struttura come norma che, piuttosto che fissare *standard* di garanzia inderogabili *tout court*, controlla e indirizza l'attività economica dei soggetti, può ritenersi posta pure nell'interesse datoriale. Come si vedrà meglio nei paragrafi che seguono, nel tempo, la regolazione inderogabile riguardante la possibilità del datore di ricorrere ai contratti a termine ha, infatti, in buona parte, cercato di «riflettere un comportamento razionale dell'impresa», e dunque di prefigurare una «realtà economica preesistente senza influire su di essa» (82), se non per correggere taluni comportamenti datoriali potenzialmente produttivi di fallimenti del mercato. La normativa in materia ha così progressivamente cercato di «fotografare», legittimandole, quali fossero le ragioni aziendali che giustificassero, da un punto di vista economico-organizzativo, il ricorso ai contratti a termine, e ha, al contempo, vietato il ricorso allo strumento contrattuale per tutte le altre ragioni non espressamente previste dalla legge e/o dalla contrattazione collettiva, ritenute passibili di causare inefficienze per il funzionamento dell'impresa e/o del mercato o, più semplicemente, non economicamente giustificate. In tal senso, la norma inderogabile può considerarsi posta anche nell'interesse dell'impresa al fine di evitare che il datore, utilizzando irrazionalmente i contratti a termine, possa – come si è ampiamente visto nelle pagine precedenti – incorrere in asimmetrie informative e in elevati costi d'uso del mercato, causando un deterioramento del clima collaborativo in azienda, cali di produttività e, in generale, un aumento dei costi connessi al fattore lavoro.

Ciò premesso, deve rilevarsi che se comunque è innegabile che l'obiettivo da ultimo citato, vale a dire quello diretto a correggere taluni fallimenti del mercato, non sarebbe stato di per sé sufficiente a determinare un intervento regolativo da parte dello Stato, è però anche vero che, nel perseguimento dell'obiettivo sociale prevalente di tutelare la posizione del soggetto debole del rapporto, la consapevolezza del fatto che spesso il comportamento datoriale potesse essere dettato da scelte economicamente inefficienti o, più semplicemente, irrazionali ha svolto un ruo-

(82) A. Ichino, P. Ichino, cit., p. 490.

lo fondamentale nel calibrare l'*an* e il *quo modo* dell'intervento eteronomo sulle modalità di assunzione, a tempo indeterminato o a termine, dei prestatori.

Nel tempo, tale compromesso tra valori e obiettivi diversi è stato realizzato attraverso il ricorso a tecniche regolative differenti: dalla norma inderogabile con funzione prevalentemente «garantista»/«tutelare», alla norma inderogabile con funzione di «razionalizzazione»/«controllo» (83) dapprima diretto, successivamente tramite il coinvolgimento della contrattazione collettiva (84).

9. — *La razionalizzazione delle ragioni di ricorso ai contratti a termine tramite a) la legge* — Se si guarda alla evoluzione della regolazione dei contratti a termine nell'ordinamento italiano (85), è possibile notare che la creazione della presunzione della durata indeterminata del rapporto di lavoro, a partire dalla prima legge sull'impiego privato (d.lgt. 9 febbraio 1919, n. 112), e successivamente con l'art. 2097 del cod. civ., ha avuto innanzi tutto lo scopo di impedire un utilizzo fraudolento del contratto a termine, assicurando che, in presenza di uno squilibrio contrattuale, tale forma contrattuale non fosse utilizzata quale strumento per eludere la normativa sul lavoro a tempo indeterminato. A quel tempo, come è noto, non era in alcun modo rintracciabile nella regolazione della materia *de qua* l'obiettivo di garantire la stabilità dell'occupazione, poiché normalmente entrambe le parti potevano recedere liberamente dal rapporto di lavoro. Obiettivo della prima disciplina sul lavoro a termine era, dunque, quello di evitare comportamenti datoriali fraudolenti, utilizzando il linguaggio del diritto, irrazionali, opportunistici e inefficienti, secondo il linguaggio dell'economia. In questa fase, l'utilizzo della norma inderogabile ha tuttavia avuto una funzione prevalentemente «garan-

(83) Sulla dialettica tra *garantismo* e *controllo* quali «tecniche di mediazione la cui coesistenza e interdipendenza rappresenta un dato permanente dell'intero sviluppo del moderno diritto del lavoro» v. R. De Luca Tamajo, «*Garantismo*» e «*controllo sindacale*» negli sviluppi recenti della legislazione del lavoro, in A. Cessari, R. De Luca Tamajo (a cura di), *Dal garantismo al controllo*, Giuffrè, Milano, 1987, p. 44.

(84) In generale, sul punto, v. R. De Luca Tamajo, *Garantismo legislativo e mediazione politico-sindacale: prospettive per gli anni '80*, in A. Cessari, R. De Luca Tamajo (a cura di), *Dal garantismo al controllo*, cit., p. 1.

(85) Per un recente riepilogo sulla evoluzione della disciplina sia consentito rinviare a L. Zappalà, *Fixed-term Contracts in Italy*, in B. Caruso, M. Fuchs (eds.), *Labour Law and Flexibility in Europe*, Nomos, Giuffrè, 2004, p. 98.

tista)/«tutelare»: essa si limitava a vietare *tout court* l'uso fraudolento del contratto a termine, senza introdurre elementi di razionalizzazione tali da orientare efficacemente l'agire imprenditoriale, nonché da impedire che questo potesse ricorrere ai contratti a termine in maniera non tanto fraudolenta, quanto semplicemente irrazionale rispetto alle reali esigenze organizzative dell'epoca.

Per ovviare agli abusi che nonostante tutto si erano diffusi nella vigenza dell'art. 2097 del cod. civ., come è noto, è stata emanata la legge n. 230 del 1962 che, all'inizio, fu accolta «freddamente» dalla dottrina (86): se, infatti, per evitare il ricorso fraudolento al contratto a termine era stato introdotto il principio di parità di trattamento fra lavoratori a termine e lavoratori a tempo indeterminato, «non si capiva e giustificava la sostituzione della clausola generale della specialità del rapporto con un sistema di tipizzazione tanto restrittiva delle ipotesi in cui poteva ricorrersi al contratto a tempo determinato» (87), tanto più che, a quel tempo, il datore di lavoro era ancora libero di recedere dal rapporto di lavoro a tempo indeterminato con il solo obbligo del preavviso. Sebbene parte della dottrina abbia sottolineato come fin dal momento della sua approvazione lo scopo prevalente della legge n. 230 del 1962 fosse quello – di ispirazione «garantista» – di promuovere il principio di stabilità dell'impiego (88), ad avviso di scrive, nella *ratio* della medesima legge è possibile individuare un più articolato compromesso fra l'interesse all'efficienza produttiva e i valori dell'uomo che lavora, costituendo questa il primo complesso esempio di regolazione sociale della materia volto, in ossequio alla funzione «razionalizzatrice» del diritto del lavoro, a soddisfare obiettivi redistributivi e, al medesimo tempo, a circoscrivere il prodursi di fallimenti del mercato derivanti dal ricorso al contratto a termine in situazioni in cui non vi fosse una reale giustificazione economico-aziendale.

(86) Per alcuni esempi di atteggiamento critico nei confronti della legge n. 230, di cui contestavano l'eccessiva e ingiustificata rigidità, v. L. Montuschi, *In merito alla nuova disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, p. 920.

(87) Riassume così i termini del problema L. Menghini, *Il lavoro a termine*, Giuffrè, Milano, 1980, p. 14. Sul dibattito concernente la *ratio* della legge n. 230 del 1962 v. per tutti M. Roccella, *I rapporti di lavoro a termine*, in *Le assunzioni. Prova e termine nei rapporti di lavoro. Il Codice Civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Giuffrè, Milano, 1990, p. 73.

(88) V. M. Roccella, cit., p. 76.

Come è stato scritto, «negli atti legislativi il diritto *inventa* il suo ambiente sociale [...]. Si inventa un'immagine dell'economia e formula le sue norme in rapporto a questa immagine». Nel fare riferimento a eventi e ragioni «tipiche» del mondo economico si pone in essere un «accoppiamento strutturale» fra sistema giuridico e sistema economico (89). Attraverso la preventiva individuazione dei casi in cui era possibile apporre un termine al contratto di lavoro, dunque, la legge n. 230 si proponeva di selezionare un ventaglio di circostanze in relazione alle quali il ricorso al contratto a termine potesse ritenersi davvero necessario alle esigenze aziendali e, quindi, economicamente giustificato.

Nel contesto economico dell'epoca, segnato da tassi accelerati di sviluppo, coniugati a una situazione di quasi piena occupazione, la regolazione dettata dalla legge n. 230 era pertanto caratterizzata dall'utilizzo della norma inderogabile in funzione, come si è detto, sia «garantista» degli interessi dei lavoratori, sia soprattutto di «controllo» economico-sociale delle ragioni per le quali il datore di lavoro potesse far ricorso al lavoro a termine: si trattava tuttavia di un controllo esercitato attraverso una normativa astratta, generale e cogente che ben presto si è rivelato insufficiente a governare la complessità di un sistema economico, sociale e produttivo destinato, di lì a pochi anni, a essere oggetto di rilevanti mutamenti. La funzione «razionalizzatrice» della legge n. 230, inoltre, venne presto oscurata dalla pur presente ispirazione «garantista», che nel giro di pochi anni divenne predominante, sia per effetto di altri interventi legislativi che, indirettamente, mutando il contesto normativo nel quale era stata introdotta la legge, ebbero l'effetto di trasformarne la *ratio* originaria, sia a causa di una «gestione giudiziale rigida» (90) dell'istituto. Da una parte, infatti, il quadro legale di riferimento mutò profondamente nel 1966 e, soprattutto, nel 1970 con l'emanazione dello Statuto dei lavoratori contenente, come è noto, una disciplina contro il licenziamento ingiustificato con la quale si rese molto difficile e particolarmente oneroso per il datore di lavoro recedere dal contratto di lavoro a tempo indeterminato. Dall'altra, la possibilità di ricorrere ai contratti a termine venne ulteriormente limitata attraverso il diffondersi di interpretazioni giurisprudenziali delle causali di ricorso talmente rigorose

(89) V. G. Teubner, *Il diritto come sistema autopoietico*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 120.

(90) L. Montuschi, *Il contratto di lavoro a termine nell'alternativa fra uso rigido o flessibile della forza lavoro: un «modello» normativo da superare? Bilancio di una esperienza e riflessioni critiche*, in *Il lavoro a termine*, Giuffrè, Milano, 1979, pp. 20 ss.

che, in molti casi, anziché razionalizzare l'uso del contratto a termine, di fatto, ne paralizzarono l'utilizzo in maniera efficiente, nonché per il soddisfacimento di reali esigenze aziendali.

Solo a partire dalla seconda metà degli anni settanta la funzione «razionalizzatrice» della regolazione laburista nella materia analizzata è stata «rivitalizzata» per effetto di una serie di successivi interventi legislativi, ma pure giurisprudenziali, in cui il «controllo», da generale e astratto, è divenuto più calibrato e attento alle esigenze di singoli settori produttivi, di specifiche realtà aziendali, nonché, più in generale, della mutata situazione occupazionale, nella consapevolezza che la strada da seguire non fosse quella di «promuovere ulteriori rigidità nell'uso della forza lavoro, ma quella di creare le condizioni normative e istituzionali per gestire una flessibilità» che fosse in grado di «salvaguardare e incrementare la produttività aziendale e, attraverso questa, del sistema economico» senza tuttavia lasciare «le mani del tutto libere» agli imprenditori (91).

9.1. — Segue: *b) la contrattazione collettiva* — La funzione che si è definita «razionalizzatrice»/di «controllo» ha raggiunto l'apice dello sviluppo nel momento in cui la legislazione «più che regolare, attraverso la imposizione di un assetto di interessi inderogabili ai privati, organizza la regolazione, che viene lasciata ad altri soggetti o sistemi sociali» (92). A partire dagli anni ottanta, e in particolare con la legge n. 56 del 1987, la regolazione dei contratti a termine è stata realizzata attraverso un «intervento *preformativo*» con cui si è delineato un «mercato preconditionato» (93), nel quale — come è noto — l'autonomia collettiva è stata chiamata a operare. Con la legge n. 56 cit., infatti, la regolazione inderogabile generale e astratta a tutela della stabilità *tout court* ha fatto un passo indietro, delegando il controllo sull'utilizzo del lavoro a termine e, dunque, la razionalizzazione dei casi in cui l'uso dello strumento contrattuale potesse ritenersi economicamente giustificato alla contrattazione collettiva, nella consapevolezza che soltanto un recupero della flessibilità nell'uso della forza lavoro a-

(91) Così M. G. Garofalo, Intervento in *Il lavoro a termine*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 71.

(92) È il modello di legislazione procedurale o riflessiva, di ispirazione teubneriana, ricordato da M. D'Antona, *L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro*, 1991, ora in B. Caruso, S. Sciarra (a cura di), *Opere*, cit., vol. I, p. 135.

(93) Così M. D'Antona, *L'autonomia individuale*, cit., p. 136.

vrebbe permesso di evitare una paralisi dell'iniziativa imprenditoriale, rivalutando i criteri di economicità nella gestione delle imprese e le esigenze di funzionalità dei processi produttivi (94).

La nuova tecnica di regolazione adottata si inseriva in quel più generale «fenomeno della adozione di tecniche di governo delle società complesse (accentuate nelle fasi di crisi economico-politica) basate piuttosto sul ricorso a regole particolari e procedure negoziali che al mezzo legislativo come strumento di fissazione di comandi generalmente e astrattamente vincolanti» (95), fondandosi sul presupposto secondo cui la preferibilità della regolazione tramite il contratto collettivo fosse da rintracciare nel suo «carattere elastico, dalla vigenza circoscritta a brevi termini di durata, dalla possibilità di sostituire senza inciampi formali clausole che non abbiano dato buona prova [...] in relazione al graduale mutamento delle condizioni tecnico-economiche della produzione» (96). Tramite la tecnica di regolazione dei contratti a termine diffusasi a partire dalla legge n. 56 cit., successivamente adottata pure dalla legge n. 196 del 1997 con cui – come è noto – si è legalizzato e disciplinato in Italia il lavoro temporaneo tramite agenzia, appare evidente, ancora una volta, che nella materia *de qua* il diritto del lavoro non abbia posto in essere un atteggiamento di opposizione *tout court* al mercato, bensì abbia «accettato, in via di principio, che questo facesse il proprio corso», a condizione che la regolazione laburista operasse, attraverso il controllo sindacale, una forma di legittimazione sociale «dei compromessi, di volta in volta concretamente possibili, tra i movimenti reali del mercato e le esigenze reali dei lavoratori rappresentati» (97). In questo quadro, l'ampia riserva a favore della contrattazione collettiva ha devoluto al sindacato la responsabilità di costruire norme che fossero, oltre che ispirate a una funzione di tutela del lavoratore, anche calibrate sulle specifiche esigenze del mercato, sia nell'interesse dell'impresa in funzione di un aumento della flessibilità nella gestione degli

(94) Cfr. R. De Luca Tamajo, «Garantismo» e «controllo sindacale», cit., p. 51.

(95) Cfr. L. Mariucci, *La contrattazione collettiva*, Il Mulino, Bologna, 1985, p. 397; ampiamente v. pure R. De Luca Tamajo, *Garantismo legislativo e mediazione politico-sindacale*, cit., p. 5.

(96) G. Giugni, *Il progresso tecnologico e la contrattazione collettiva dei rapporti di lavoro*, in *Lavoro legge contratti*, cit., p. 121.

(97) A. Tursi, *L'autonomia collettiva tra promozione e regolazione*, in *LD*, 1997, p. 586.

organici, sia in vista del soddisfacimento di un interesse economico generale all'incremento dei livelli occupazionali (98).

In questi anni, come è noto, la contrattazione collettiva ha progressivamente iniettato – a tutti i livelli – dosi sempre più massicce di flessibilità nella gestione delle risorse umane, e allo stesso tempo ha autorizzato il ricorso al lavoro a termine in base a causali di tipo «soggettivo» (la giovane età o l'appartenenza ad aree geografiche particolarmente colpite dalla disoccupazione) come legittimo, ma ponderato, strumento da utilizzare a fini di politica occupazionale. Pure da questo punto di vista la contrattazione collettiva ha, dunque, cercato di effettuare una razionalizzazione economica della diffusione dei contratti a termine, operando una selezione delle circostanze e delle modalità in relazione alle quali il ricorso a tali forme contrattuali fosse potenzialmente suscettibile di stimolare il mercato del lavoro, con positivi effetti sui livelli occupazionali.

9.2. — Segue: *c) l'autonomia individuale* — Particolarmente complessa si presenta, infine, la individuazione degli obiettivi perseguiti e della tecnica di regolazione utilizzata nella recente normativa introdotta con il d.lgs. n. 368 del 2001, in attuazione della Direttiva n. 99/70/Ce. Esula dall'oggetto del presente lavoro l'analisi delle diverse e contrastanti interpretazioni che la dottrina ha proposto sulla disposizione contenente le ragioni legittimanti la stipula di contratti a termine (99), di recente ribadita, con qualche precisazione (100), nella disciplina sulla somministrazione di lavoro a tempo determinato. In questa sede può solo brevemente, e per sommi capi, ricordarsi come il dibattito dottrinale si sia lacerato sulla questione della natura causale o a-causale dell'appo-

(98) Cfr. A. Maresca, *La stagione della flessibilità e l'ordinamento del lavoro: un primo bilancio*, in M. D'Antona (a cura di), *Politiche di flessibilità e mutamenti del diritto del lavoro. Italia e Spagna*, Esi, Napoli, 1990, p. 99. In generale, sulla valorizzazione del ruolo dell'autonomia collettiva a partire dagli anni settanta, v. F. Liso, *Autonomia collettiva e occupazione*, in *Autonomia collettiva e occupazione*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 3.

(99) V. art. 1 del d.lgs. n. 368 del 2001, secondo cui è consentita «l'apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo». Per una ricognizione delle interpretazioni di tale disposizione proposte dalla dottrina v. M. T. Carinci, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, Cedam, Padova, 2005, p. 71, e ivi l'ampia bibliografia citata.

(100) Cfr. art. 20, comma 4, del d.lgs. n. 276 del 2003, ove si afferma che le ragioni tecniche, produttive, organizzative o sostitutive possono riferirsi anche «all'ordinaria attività dell'utilizzatore».

sizione del termine e, segnatamente, sulla necessità o meno che le ragioni datoriali che rendono legittima l'apposizione del termine siano caratterizzate dalla temporaneità dell'esigenza aziendale medesima.

Dall'interpretazione che si dà dell'art. 1 del citato d.lgs. n. 368 dipende la verifica della sussistenza o meno di una permanente regolazione inderogabile con funzione di «tutela» e/o di «razionalizzazione» svolta dalla regolazione laburista in materia di ragioni legittimanti l'apposizione del termine al contratto di lavoro. Se, conformemente al dettato comunitario, nonché sulla scorta delle prime interpretazioni giurisprudenziali (101) volte a negare la a-casualità dell'apposizione del termine, si accede – come pare doversi fare – alla tesi cosiddetta causale, secondo cui il ricorso al contratto a termine deve considerarsi legittimo *solo* in presenza di una esigenza economica «oggettiva», può ritenersi che, ancora una volta, l'ordinamento giuslavoristico – in ossequio alle proprie funzioni di «tutela» e, soprattutto, di «razionalizzazione» delle modalità di utilizzo del lavoro umano – abbia optato per il mantenimento di un precetto inderogabile volto a indirizzare l'attività dei privati in materia.

Mentre tuttavia – come si è sopra visto – il precedente modello di regolazione espropriava del tutto l'autonomia privata nella individuazione delle causali di ricorso, attribuendo tale potere di predeterminazione direttamente alla legge o, successivamente, alla contrattazione collettiva, il nuovo modello regolativo realizza un sistema più complesso di interazione fra legge e contratto individuale: come si era in precedenza fatto con la delega alla contrattazione collettiva, attraverso la nuova disciplina, la legge interviene *preformando* l'ambito entro cui, di volta in volta, l'autonomia individuale potrà esplicarsi alla luce di criteri obiettivi, così adattando la norma inderogabile, generale e astratta, alla specifica realtà aziendale. La disposizione di cui all'art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 368 implica, pertanto, una valorizzazione del «potere adattivo» dell'autonomia individuale, legittimata a specificare quali siano in concreto le oggettive esigenze aziendali, dalla legge sinteticamente racchiuse nella formula delle «ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo», che rendono necessario il ricorso al contratto a termine. Tale interpretazione, come si è accennato, è, di fatto, l'unica compatibile con la Direttiva n. 99/70/Ce, il cui scopo, secondo quanto emerge dall'*inte-*

(101) Cfr. Trib. di Frosinone del 9 febbraio 2005, sul sito www.csmb.unimo.it/adapt/bdoc/2005/20_05/Contratto_a_termine.pdf.

ro accordo, è di evitare che il datore possa «abusare» del contratto a termine medesimo: in considerazione di tale obiettivo si afferma, infatti, che «l'utilizzazione dei contratti a tempo determinato basata su ragioni oggettive è *un modo di prevenire gli abusi*». Il ricorso al contratto a termine, come è stato sottolineato, potrà, dunque, ritenersi legittimo solo nel momento in cui si verifichi che l'interesse datoriale perseguito in concreto sia genuinamente organizzativo, valutabile, cioè, secondo parametri oggettivi di normalità tecnico-organizzativa (102).

Se, da quanto si è sopra detto, emerge che l'inderogabilità sembri destinata a rimanere l'attributo *naturale* della recente disciplina (103), pare tuttavia doversi rilevare come entrambe le anime del diritto del lavoro, quella «garantista» e quella «razionalizzatrice», abbiano subito, in materia di apposizione del termine al contratto di lavoro, una profonda mutazione. La tecnica di regolazione utilizzata ridetermina, innanzi tutto, le modalità di funzionamento della norma inderogabile in funzione di «razionalizzazione» e di «controllo» delle ragioni che giustificano da un punto di vista economico-sociale il ricorso al contratto a tempo determinato. In proposito, è evidente che pure a ritenere necessario che le esigenze datoriali siano temporanee (104), il concetto di *temporaneità*, qualora non contestualizzato e preventivamente tipizzato – come prima soleva fare la contrattazione collettiva – in causali che razionalizzino quali siano i parametri di normalità tecnico-produttiva in un dato settore o azienda, spesso rimane, intrinsecamente, un concetto sfuggente (105), dato che – come è stato sarcasticamente sottolineato da una parte della dottrina – «dopo tutto, non è forse vero che, assumendo come metro di paragone l'infinito, qualsiasi esigenza umana [...] è per definizione temporanea?» (106). La formulazione dell'art. 1 del d.lgs. n. 368, di conseguenza, presuppone il ritorno a una forma di *garantismo individuale*, da esercitare «all'ombra» della legge che, in ultima analisi, attribuisce il controllo e la decisione sulla legittimità della apposizione del termine all'in-

(102) In tal senso v. M. T. Carinci, cit., p. 147.

(103) Sulla *presunzione* della natura inderogabile della norma lavoristica v. O. Mazzotta, *Autonomia individuale e sistema del diritto del lavoro*, in *DLRI*, 1991, p. 491; R. De Luca Tamajo, *La norma inderogabile*, cit., p. 45.

(104) Cfr. V. Speziale, *Il contratto a termine*, in *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 399.

(105) In tal senso R. Del Punta, *La sfuggente temporaneità: note accorpate su lavoro a termine e lavoro interinale*, in *DRI*, 2002, p. 542.

(106) M. Roccella, *Una politica del lavoro a doppio fondo: rapporti di lavoro e relazioni industriali nella XIV*, in *LD*, 2004, p. 43.

tervento del giudice (107). Alla luce di un quadro legale dai confini tanto sfumati, è, infatti, innegabile che il potere adattivo dell'autonomia individuale sia destinato a muoversi su un terreno alquanto scivoloso, sul quale, in ultima analisi, è probabile che solo il potere giudiziario possa mettere la parola fine sulla legittimità o meno della ragione a fronte della quale il datore ha ritenuto di apporre un termine al contratto di lavoro. Il giudice, così, torna a essere «il naturale custode del garantismo, se è vero che il garantismo è un modo di essere dell'intervento dello Stato nei rapporti economici, attraverso l'attribuzione di diritti soggettivi ai singoli» (108).

A fronte delle difficoltà di interpretare una disposizione dai contenuti tanto indeterminati può, dunque, essere utile per il giurista confrontarsi con i risultati della scienza economica, soprattutto al fine di verificare la conformità degli effetti concreti della disposizione di diritto interno con gli obiettivi perseguiti dalla norma di rango superiore (109), vale a dire dalla Direttiva n. 99/70/Ce. Nel valutare la sussistenza dei motivi in relazione ai quali può ritenersi legittima la stipula di contratti a termine, una dottrina ha messo in evidenza come la causale generale, introdotta nel 2001, sia compatibile con diverse possibili letture, facenti riferimento alla necessità di evitare all'impresa una perdita di natura monetaria. Secondo la lettura definita più «liberista», preferita dall'Autore, «la pattuizione del termine è legittima in tutti i casi nei quali al momento della costituzione del rapporto la redditività della prosecuzione dello stesso oltre il termine è soggetta a *incertezza maggiore rispetto a quella normalmente propria di un rapporto di lavoro qualsiasi* a tempo indeterminato» (110). L'Autore porta come condivisibile esempio di possibile incertezza sulla redditività futura il caso dell'assunzione di un giovane al primo impiego, in cui l'apposizione del termine avrebbe la funzione di provare il lavoratore. Qualora, però, ta-

(107) Cfr. V. Speziale, *La nuova legge sul lavoro a termine*, in *DLRI*, 2001, p. 370; S. Giubboni, *Contratto a termine e contrattazione collettiva. Note critiche sul decreto legislativo n. 368 del 2001*, in *q. Riv.*, 2002, p. 513; A. Garilli, *Il recepimento della direttiva sul lavoro a termine nell'ordinamento italiano*, in A. Garilli, M. Napoli (a cura di), *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 42.

(108) Cfr. M. D'Antona, *Part-time verticale: successive assunzioni a termine e diritto alla precedenza nell'avviamento presso la stessa azienda*, in *Il futuro del contratto a termine*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 164.

(109) Cfr. P. Ichino, *Lezioni di diritto del lavoro*, cit., pp. 19 e 83; M. Novella, *Analisi economica e interpretazione nel diritto del lavoro*, in *RIDL*, 2002, p. 320.

(110) V. P. Ichino, *Lezioni di diritto del lavoro*, cit., p. 509.

le ipotesi dovesse ritenersi generalizzabile a una indeterminata serie di circostanze, e rimanendo sempre sul piano dell'analisi economica, senza tenere conto della «grammatica dei diritti», pare tuttavia possibile avanzare una serie di considerazioni. In base a quanto si è sopra visto, diverse sono le teorie economiche fondate sull'esistenza di costi di transazione connessi a pratiche di *turnover* (costi di ricerca e selezione, costi di adattamento del lavoro, costi di non inserimento con gli altri lavoratori che potrebbero rifiutarsi di collaborare con il nuovo assunto, costi connessi alla mancanza di *job security* del nuovo assunto che potrebbero indurlo a comportarsi come uno «scansafatiche» ecc.). Nel valutare, secondo criteri di normalità tecnico-produttiva, la sussistenza di una *incertezza superiore al normale circa la redditività* della prosecuzione del rapporto, non si potrebbe, e dovrebbe, pertanto considerare pure l'incidenza del cosiddetto «costo di efficienza del lavoro» dei nuovi assunti? O il pericolo che il nuovo assunto a termine, in assenza di prospettive di stabilizzazione, si comporti come uno «scanzafatiche»? O, ancora, la possibilità di un calo di produttività degli *insider* consapevoli del fatto che i primi a essere espulsi dall'azienda in caso di difficoltà saranno i lavoratori a termine? Questi e altri i profili che potrebbero essere presi in considerazione dall'interprete, tenendo conto che la disciplina nazionale deve essere interpretata alla luce dello scopo della direttiva; per cui non è escluso che l'interprete medesimo possa servirsi, nell'argomentazione giuridica, anche del ragionamento economico per verificare se, ad esempio, l'uso di contratti a termine possa considerarsi irrazionale e/o inefficiente e, dunque, concreti un abuso ai danni del lavoratore.

A fronte di un quadro regolativo dai contorni tanto incerti, del tutto comprensibile appare il compito di «razionalizzazione» economico-giuridica della materia di cui, in una molteplicità di casi, si è recentemente riappropriata la contrattazione collettiva (111) nell'atto di esercizio della propria autonomia contrattuale garantita dall'art. 39 Cost., comma 1. In alcuni contratti, innanzi tutto, le parti hanno ribadito, richiamando la previsione contenuta nella Direttiva comunitaria, il principio secondo cui si riconosce che «i contratti a tempo indeterminato sono e continueranno a essere la forma comune dei rap-

(111) Tale ipotesi era stata già prevista da M. Napoli, *Il ruolo della contrattazione collettiva nella disciplina del lavoro a termine*, in A. Garilli, M. Napoli (a cura di), *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 92.

porti di lavoro» (112). Numerosi, nonché più significativi, sono poi i contratti in cui le parti espressamente hanno convenuto di qualificare (113) come legittima l'apposizione del termine *solo* a fronte di «ragioni che abbiano carattere temporaneo o contingente», di cui si fornisce una elencazione dettagliata, rinviando alla contrattazione integrativa la possibilità di indicare ulteriori ipotesi (sempre di carattere temporaneo o contingente) (114). In altri accordi si prevede, invece, che «il contratto con prefissione di termini deve essere giustificato dalla specialità del rapporto e potrà avere luogo solo nei casi» preventivamente individuati dal contratto stesso (115). Non mancano, inoltre, esempi di accordi che sembrano operare una individuazione tassativa di quali siano le ragioni tecniche, produttive ecc. economicamente e socialmente giustificate anche, apparentemente, a prescindere dalla temporaneità dell'esigenza aziendale (116). In altre disposizioni, infine, la contrattazione collettiva ha predisposto una sorta di esemplificazione, anche molto accurata, delle causali di ricorso «ferma restando la possibilità di stipulare contratti a termine in tutti i casi rientranti nella previsione di cui all'art. 1 del d.lgs. n. 368 del 2001» (117) o, più semplicemente, qualificando l'elencazione di ipotesi introdotte come esemplificativa di possibili ragioni «di carattere tecnico, organizzativo, produttivo o sostitutivo» (118).

(112) E che tuttavia «i contratti a tempo determinato rappresentano una caratteristica dell'impiego in alcuni settori, occupazioni e attività, atta a soddisfare le esigenze sia delle aziende che dei lavoratori»: così l'art. 19 del c.c.n.l. Attività ferroviaria del 16 aprile 2003.

(113) Sul potere della autonomia collettiva di «tipizzazione» delle situazioni su cui incidere cfr. M. Pedrazzoli, *Qualificazioni dell'autonomia collettiva e procedimento applicativo del giudice*, in *LD*, 1990, p. 355.

(114) Cfr. c.c.n.l. Agenzie di viaggio e turismo (Confcommercio) del 19 luglio 2003; c.c.n.l. Turismo (Confcommercio) del 19 luglio 2003; c.c.n.l. Catene alberghiere del 16 ottobre 2003; c.c.n.l. Turismo (Federturismo) del 02 febbraio 2004.

(115) Cfr. art. 7 del c.c.n.l. Agricoltura (Impiegati) del 27 maggio 2004.

(116) V. art. 19 del c.c.n.l. Enti culturali, turistici, sportivi (Federculture) del 21 marzo 2005 che fra le ipotesi «consentite» prevede quelle derivanti dalla necessità «dall'assunzione di nuovi servizi o dall'avvio di nuove tecnologie».

(117) In tal senso v. art. 8 del c.c.n.l. Alimentari (Piccola industria) del 06 maggio 2004. V. inoltre l'art. 23 del c.c.n.l. Anpas del 15 marzo 2004 che, a titolo esemplificativo, indica una serie di ipotesi individuate «in relazione alle particolari esigenze delle organizzazioni e al fine di evitare eventuali carenze del servizio», precisando che «resta confermato che l'istituto del contratto a tempo determinato non deve sopperire a carenze stabili dell'organico».

(118) Per una elencazione definita dalle parti stesse «esemplificativa» v. l'art. 22 del c.c.n.l. Anffas del 03 agosto 2004; art. 23 c.c.n.l. Case di cura private (Aiop) del

Nei casi citati, la contrattazione, esplicando una delle proprie funzioni originarie, si è spontaneamente atteggiata a «metodo di gestione delle imprese, nell'aspettativa di disponibilità del contratto come base ragionevolmente affidabile per il calcolo dei costi di produzione» (119). A fronte del permanere di una regolazione inderogabile con funzione di «tutela», volta a evitare – in ossequio al dettato comunitario – che il datore possa abusare del contratto a termine privando il lavoratore della stabilità e di quelle garanzie di reddito e di carriera cui avrebbe diritto se fosse assunto a tempo indeterminato, e che, tuttavia, espone a una elevata incertezza interpretativa su quali siano le ragioni che, secondo criteri economico-sociali di normalità tecnico-organizzativa, legittimano l'apposizione del termine al contratto di lavoro, del tutto comprensibili appaiono le motivazioni in base alle quali il datore medesimo abbia acconsentito a far fare alla contrattazione qualcosa per la quale lo stesso «è abilitato dalla legge a fare da solo» (120).

Quel che, comunque, in tale sede preme sottolineare è il dato secondo il quale, pur in presenza di un assetto normativo dai contorni meno stringenti dell'autonomia individuale, le previsioni contrattuali sopra citate dimostrano che la diffusione incontrollata di contratti con un termine finale di durata non sia, sempre e comunque, considerata un bene in sé nemmeno dagli imprenditori. Questi ultimi, infatti – per il tramite delle loro associazioni, – hanno in parte rinunciato a una autonoma individuazione delle ragioni di ricorso allo strumento contrattuale, ritenendo più utile e opportuna una «razionalizzazione» della materia attraverso una elencazione e/o esemplificazione di ipotesi in cui lo strumento contrattuale potesse ritenersi rispondente alle normali esigenze tecnico-produttive di un determinato contesto aziendale. Tra le righe delle richiamate discipline di maggior dettaglio introdotte per via pattizia sembra, pertanto, intravedersi una ulteriore conferma di quanto in questa sede sostenuto: e cioè che, da una parte, la regolazione laburista con funzione di «razionalizzazione» dell'uso dei contratti a termine continui a

19 gennaio 2005; c.c.n.l. Magazzini generali del 29 gennaio 2005 ove si specifica che «altre ipotesi di contratto a termine potranno essere concordate con i sindacati a livello aziendale»; così pure c.c.n.l. Trasporto e spedizione merci (Confetra) del 29 gennaio 2004.

(119) L. Mengoni, *Il contratto collettivo nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Diritto e valori*, cit., p. 277; su tale funzione del contratto collettivo v. pure O. Kahn-Freund, *Labour and the Law*, cit., p. 75.

(120) V. M. Napoli, *Il ruolo della contrattazione collettiva*, cit., p. 92.

essere considerata dalle stesse parti sociali il più efficace strumento di monitoraggio delle circostanze nelle quali il contratto a termine sia considerato strumento adatto a rendere più dinamico il mercato del lavoro; dall'altra, che la regolazione sociale, volta a controllare la diffusione del lavoro a termine in funzione di «tutela» del lavoratore, debba ritenersi, se non proprio necessaria, sicuramente *economicamente compatibile* con l'interesse datoriale a selezionare ciò che è davvero utile per l'impresa e ciò che invece non lo è.

La storia normativa recente del contratto a termine in Italia lascia così un'ultima lezione che attiene al piano delle tecniche di regolazione: laddove si tratta di mediare interessi complessi e interrelati, il contratto individuale mostra i suoi limiti regolativi e di razionalizzazione economica. Non tanto per la nota mistificazione egualitaria, quanto perché, alla fine, non risulta in grado di gestire la complessità dei rapporti economici. Ma questa è un'altra storia.

LE RECENSIONI

Michele Miscione (*)

P. Ichino, *A che cosa serve il sindacato? (Le follie di un sistema bloccato e la scommessa contro il declino)*, Mondadori, Milano, 2005

1. — *Domande retoriche ai sindacati con un «gioco del se»* — In un bel libro sulle funzioni del sindacato, scritto da Pietro Ichino con documentazione e soprattutto fantasia, si ripropone in modo forte il dubbio se i sindacati servono davvero, o almeno se servono i sindacati confederali e se servono i contratti collettivi nazionali, ch  invece potrebbe essere pi  vantaggioso per i lavoratori trattare direttamente con le imprese o con organizzazioni aziendali. Il libro torna su questi vecchi dubbi con un affascinante «gioco del se», per dire che se ci fosse un'iniziativa imprenditoriale i sindacati la impedirebbero, mostrando per  grandi preconcetti; si dice che i sindacati non servono, almeno fino a quando non verranno imposte modifiche di sistema perch  sia vietato un agire insieme; sarebbe meglio che i minimi contrattuali potessero essere peggiorati per il bene dei lavoratori. Sono affermazioni dure, che debbono far riflettere.

Per far capire come funzionano i sindacati, P. I. propone un'ipotesi «immaginaria» (1) o meglio fantastica, dichiaratamente senza approccio con la realt , che dovrebbe permettere di capire cosa farebbero o non farebbero i sindacati se fosse successo veramente quanto sarebbe stato logico o bello immaginare.

L'ipotesi fantastica   la seguente. A Milano c'era una grande impresa o meglio un grande stabilimento in crisi profonda e che finir  male, l'Alfa Romeo di Arese, mentre nello stesso momento i giapponesi della Nissan cercavano in Europa un sito per una nuova produzione. I giapponesi hanno pensato alla Spagna, alla Francia e all'Inghilterra (dove poi finiranno), ma non ad Arese dove avrebbero avuto a disposizione i lavoratori dell'Alfa Romeo in crisi. Perch ? P. I. dice che non ci hanno nemmeno pensato; che se ci avessero pensato gliel'avrebbero impedito i sindacati.   il vecchio «gioco del se»: «se» fosse successo questo, sarebbe accaduto quest'altro. P. I. dice che i giapponesi non sarebbero venuti ad Arese perch  i sindacati lo avrebbero impedito.

Per proporre l'ipotesi fantastica, P. I. comincia con «cinque domande» (2). La prima  : perch  i giapponesi della Nissan hanno rinunciato all'Italia e in particolare ad Arese? Ma P. I. dice qui che non   che ci hanno rinunciato: i

(*) Professore ordinario di Diritto del lavoro nell'Universit  di Trieste.

(1) Vedi il testo di P. Ichino, *A cosa serve il sindacato*, p. 117.

(2) Ivi, p. 5.

giapponesi non ci hanno nemmeno pensato! La seconda domanda è: perché i sindacati hanno seguito ad Arese solo un «modello conflittuale» dai risultati «disastrosi», sbagliando in buona o in mala fede (più probabile mala)? La terza domanda è più sofisticata: perché in Italia i sindacati agiscono solo se sono d'accordo tutti insieme e non a semplice maggioranza, oppure non ammettono l'autoeliminazione con accordi diretti («scommessa comune fra lavoratori e imprenditori») (3)? Insomma, darsi una regola interna di unanimità, se fosse vera, sarebbe dannosa o comunque negativa. La quarta domanda è: perché in Italia non ci sarebbero sindacati che negoziano «guardando avanti» o perché non ne nascono, che renderebbero effettivo il principio di pluralismo (4)? La quinta e ultima domanda di P. I. è: perché in Italia i sindacati scioperano e in Inghilterra o Germania no (5)? Davvero sorprendente.

Insomma, dice P. I., se in Italia ci fosse stato un modello «cooperativo» al posto di quello «conflittuale», i giapponesi – chi sa? – avrebbero pensato di venire in Italia per assumere i lavoratori dell'Alfa Romeo di Arese in crisi e non sarebbero andati in Inghilterra; forse i giapponesi ci avrebbero pensato, se i sindacati avessero abbandonato «una politica di alti redditi» (6) per abbracciare una di redditi bassi.

2. — *Eliminare i sindacati interconfederali e nazionali, eliminare i contratti collettivi nazionali, andare sotto le «soglie di povertà»: è così che si elimina il declino?* — Il metodo è affascinante, ma si fonda su un «immaginario» che è solo preconcetto. Si usa il «gioco del se» per convincere che, se quell'«immaginario» fosse davvero successo, «sicuramente» i sindacati avrebbero rovinato tutto. Affascinante, bisogna riconoscerlo, ma per condannare anche solo e oltre la fantasia.

Le conclusioni del gioco sono allarmanti, perché secondo P. I. i giapponesi sarebbero venuti in Italia ad assumere i lavoratori dell'Alfa Romeo di Arese se fosse stata eliminata l'inderogabilità in peggio dei contratti collettivi nazionali. Il resto non interessa P. I., e in particolare non gli importa se, in base all'attuale sistema, i contratti collettivi nazionali fissano la «soglia di povertà»: si vada anche al di sotto di tale soglia – presuppone P. I. – per permettere di adattarsi alle «circostanze specifiche» (7); così si uscirebbe dal declino. I lavoratori evitano i sindacati, che li hanno danneggiati «relegandoli in una condizione di eterni minorenni» (8).

P. I. arriva a sostenere che, se i sindacati decidono di decidere insieme, sarebbe limitato il «principio costituzionale del pluralismo». Inoltre bisognereb-

(3) Ivi, p. 7.

(4) Ivi, p. 7.

(5) Ivi, p. 8.

(6) Ivi, p. 9.

(7) Ivi, p. 14.

(8) Ivi, p. 15.

be imporre la prevalenza del contratto collettivo aziendale, peggiorativo rispetto al contratto nazionale, se l'aziendale è stipulato da un sindacato «sorretto dal consenso della maggioranza dei lavoratori in azienda»; perché «il conflitto riduce la ricchezza», mentre il «gioco cooperativo» costituisce «una risorsa competitiva formidabile» (9). Meglio rifugiarsi dietro un «reciproca fiducia», cui nessuno potrà dire di no. In definitiva, quel che andrebbe corretta è la «partecipazione unitaria delle tre confederazioni maggiori» (10).

Sembra allora di capire che per P. I. sono dannosi non tutti i sindacati, ma solo quelli confederali; non tutti i contratti collettivi, ma quelli nazionali che pongono minimi non peggiorabili. I giapponesi forse sarebbero venuti ad Arese, se non ci fossero stati i sindacati interconfederali e nazionali e invece fossero stati possibili accordi diretti con i lavoratori, senza i sindacati che rovinano sempre tutto.

Si dimentica che i sindacati, come possono «decidere di decidere» insieme, così possono «decidere di decidere» in modo autonomo e diversificato; imporre regole diverse sarebbe contro i principi di libertà costituzionale. La regola dell'unanimità e oltre la maggioranza è sempre positiva. I sindacati agiscono nel diritto privato, dove non può valere nemmeno il principio maggioritario perché non si può imporre a un soggetto privato di agire o non agire in un certo modo solo perché molti, o al limite tutti gli altri, agiscono allo stesso modo; al contempo, però, nessuno può impedire ai privati di decidere a maggioranza o all'unanimità o come meglio credono. Un'imposizione dall'alto sarebbe contro i principi di libertà. P. I. dice di preferire che una nuova cornice normativa venga decisa dagli stessi sindacati, ma in mancanza dovrebbe pensarci l'autorità.

Si può criticare il sistema dei livelli contrattuali, ma non si può pensare di fissare trattamenti al di sotto delle soglie di povertà. In Italia si è creato un meccanismo dinamico, per cui i giudici (e non i sindacati) affermano in base all'art. 36 Cost. che i minimi previsti dai contratti collettivi nazionali costituiscono le soglie di povertà da rispettare sempre, perché al di sotto non sono garantite le condizioni minime di vita. Se così è, non si può andare al di sotto di queste soglie neppure «a fin di bene»: non è solidarietà, ma autoconservazione. Altrove (per esempio in Francia) le soglie di povertà sono fissate per legge; in Italia il criterio è più dinamico e meno formale attraverso i minimi contrattuali: ma resta che dovunque, senza poter distinguere, al di sotto delle soglie di povertà non è lecito andare.

3. — *Più potere ai forti e meno ai deboli* — Nel suo percorso affascinante, con il gioco logico del «se», P. I. dice perché ad Arese sono stati fatti solo errori. Non si può confondere la politica del lavoro con la politica industriale; meglio licenziare e riqualificare i lavoratori per sistamarli altrove; non basta chiedere l'aiuto di Stato. Alla fine, però, l'errore decisivo sarebbe dei sindacati, che

(9) Ivi, p. 16.

(10) Ivi, p. 17.

pensano a difendere quelli che i posti di lavoro ce l'hanno già, senza pensare a chi non ce l'ha. Insomma, il vecchio orribile «forte con i deboli e debole con i forti». O, almeno, l'errore dei sindacati sarebbe la «strategia miope, nel difendere sempre e comunque il lavoro esistente così com'è», senza proiettarsi fuori delle singole aziende (11).

Questa critica, facilmente accattivante, crea fastidio, anche perché una parte di vero c'è sempre, ma un'affermazione che contiene solo una parte di vero è sempre falsa. È provata solo dai risultati che si dicono negativi, ma si basa ancora su un gioco, questa volta del «senno di poi», che solo apparentemente è logico, ma in effetti non lo è: è solo preconcepto.

La parte finale e propositiva di P. I. è la più preoccupante: se i sindacati non si mettono d'accordo (sembrerebbe anche sulla contrattazione al ribasso rispetto alle soglie di povertà *ex art.* 36 Cost.), allora «dovrà essere il legislatore a creare una nuova cornice istituzionale» che permetta un nuovo «effettivo pluralismo sindacale» (12) per dividere i sindacati confederali. Il legislatore, cioè, dovrebbe imporre le regole per superare la «tutela» del lavoratore e superare l'inderogabilità. Sarebbe la fine del diritto del lavoro, ma soprattutto sarebbe il predominio dei forti sui deboli. Sarebbe dare sempre più poteri ai forti e toglierne ai deboli.

4. — *«Il conflitto riduce la ricchezza»* — Il quarto capitolo del libro di P. I. è su: «il conflitto e la tregua». Si comincia ricordando che «due padri costituenti» quali Giuseppe Di Vittorio e Vittorio Foa concepivano lo «sciopero come strumento di lotta cui far ricorso con grande misura e parsimonia», mentre ora si sarebbe imposto un «sistema malato» basato sulla «frequenza irragionevole degli scioperi» (13). La lotta sindacale diventa «caos» (14) e si propongono «relazioni sindacali cooperative», ma «fortunati quelli che ne sono capaci». «Se si può fare a Stoccolma, a Zurigo, o ad Amburgo, si può fare anche da noi», ma è difficile, perché siamo «un paese arretrato» (15). Io invece non mi sento affatto «arretrato», anzi, sono orgoglioso di essere quel che sono senza considerarmi né «arretrato» né «avanzato».

Che inesorabilmente «il conflitto riduce la ricchezza» è affermazione troppo categorica per essere credibile, a meno di non confondere il conflitto con la guerra. In generale, invece, il conflitto crea ricchezza, perché è dal conflitto che nascono le idee e la società progredisce. Ne sono esempi il codice civile e la Costituzione: nel codice è dal conflitto che nasce il contratto, alla base dell'ordinamento; nella Costituzione tutto è conflittuale (l'individuo contrapposto alla collettività, i diritti rispetto ai doveri) perché solo così c'è rinnovamento e

(11) Ivi, p. 21.

(12) Ivi, p. 23.

(13) Ivi, pp. 169 e 170.

(14) Ivi, p. 189.

(15) Ivi, pp. 221 e 223.

sviluppo. È troppo banale, si potrebbe obiettare, ma non fuorviante come il drastico «il conflitto riduce la ricchezza», che fa pensare al conflitto come alla guerra. Fa pensare, nel «gioco del se», che se i sindacati non hanno messo la fabbrica di macchine ad Arese è perché qui ci sarebbe un continuo stato di guerra.

A leggere questo capitolo si ha però una sorpresa: in effetti, si precisa, negli ultimi anni gli scioperi sono diminuiti in modo drastico («nel settore metalmeccanico si è passati dai 155,2 milioni di ore perse nel 1969 a 2,7 milioni nel 2003») (16). Dove sono il «sistema malato», la «frequenza irragionevole degli scioperi» o il «caos», che presumibilmente nel «gioco del se» avrebbero indotto i giapponesi a non mettere una fabbrica metalmeccanica ad Arese? Lo stato di guerra, se c'era, era altrove: ma allora perché lasciar immaginare che invece la guerra fosse proprio fra i metalmeccanici, e per questo, nel «gioco del se», i giapponesi, anche se ci avessero pensato, una fabbrica ad Arese non l'avrebbero mai messa?

In effetti, nel libro si documenta bene che gli scioperi sono impazziti nei trasporti e in particolare per le ferrovie (17), per l'aviazione civile (18) e per gli autoferrotranvieri, dove ha trovato subito un'eccezionale fortuna una forma di sciopero che consiste nella violazione sistematica delle leggi sui servizi essenziali (19). È stato un fenomeno molto particolare, dunque, che meriterebbe approfondimenti interdisciplinari: ma non si sa cosa c'entrino questi scioperi con i metalmeccanici; non si capisce perché si voglia far pensare a un generale stato di guerra e un totale «caos», quando sono stati solamente i trasporti pubblici a fare sciopero.

Ma non basta ancora. Nella forma di «lotta sindacale diventata ribellione collettiva contro la legge» (20) si dà atto che in effetti sono stati i sindacati autonomi quelli che hanno fatto tutto, e l'hanno fatto contro i sindacati confederali; ma resta il filo di fondo del libro per cui sono i sindacati confederali quelli che «distruggono la ricchezza», mentre tutto andrebbe meglio se si evitassero i confederali e si trattasse direttamente in azienda, e cioè con gli autonomi. C'è contraddizione, ma soprattutto una rappresentazione erronea per cui, invece, sembra che a fare gli scioperi di «ribellione» siano non gli autonomi, ma i confederali; la documentazione c'è, ma resta un'idea erronea.

L'episodio degli autoferrotranvieri dimostra che la situazione diventa ingestibile proprio quando l'iniziativa è dei sindacati autonomi, «sorretti dal consenso della maggioranza dei lavoratori in azienda» (21), che guardano solo a sé stessi disinteressandosi di chiunque altro.

(16) Ivi, p. 170, e citazioni in nota cui si rinvia.

(17) Ivi, p. 171.

(18) Ivi, p. 176.

(19) Ivi, p. 189.

(20) Ivi, p. 189.

(21) Ivi, p. 16.

5. — *Le confederazioni e i processi di massa* — P. I. dice più volte che i sindacati, quando non riescono a «ridurre la ricchezza» con il conflitto, ci riescono dopo con le sentenze dei giudici, che costano anche di più.

Anche quest'affermazione è sorprendente. Verrebbe da ribattere che esercitare i propri diritti davanti ai giudici è sempre giusto e verrebbe da citare l'art. 24 Cost., ma non è questo. Di nuovo, si lascia la sensazione di profonda illegittimità.

Le cause le farebbero i singoli lavoratori, ma manovrati e spesati dai sindacati. Dubito che i singoli si possano manovrare e dubito ancor di più che i sindacati si assumano le spese.

Meglio non andare avanti. Basta una sola considerazione. Se si fanno molte cause e si vincono, vuol dire che i vincitori avevano ragione, salvo che i giudici non fossero corrotti. Credo che si possa criticare tutto, anche in modo duro, ma credo anche che organizzazioni sindacali forti danno maggiore garanzia che gli illeciti non ci siano o siano combattuti efficacemente, a garanzia anche delle controparti.

Piergiovanni Alleva

A. Raffi, *Tutela del lavoratore nel trasferimento di azienda tra normativa nazionale e normativa comunitaria*, Giuffrè, Milano, 2004

1. — La monografia di Alessandra Raffi — pubblicata nella collana della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Milano — si inserisce tra i numerosi scritti (di vario taglio e diverse impostazioni) in tema di trasferimento d'azienda e dei relativi rapporti di lavoro: al riguardo si può dire che tale tema sia stato tra i più trattati nella recente dottrina non solo giuslavoristica (ad esempio, tra gli studiosi di diritto commerciale, è certamente da considerare il rilevante contributo di V. Buonocore in *Gcomm*, 2000, 11, p. 313). Il rischio, quindi, che la Raffi avrebbe potuto correre era quello di allestire un compendio di una sorta di *dejà vu* sotto le spoglie di rilievi riepilogativi dei risultati ottenuti dalla precedente dottrina in argomento: opera che avrebbe potuto anche essere di una qualche utilità, ma che non poteva farsi rientrare nel novero di una vera e propria monografia, il cui tratto essenziale non può che essere quello di indicare sull'argomento studiato soluzioni originali (cioè nuove, non scontate) — come, appunto, è certamente avvenuto per la monografia della Raffi contrassegnata da un'accurata e completa trattazione, da una profonda e seria analisi e da un'ammirevole chiarezza espositiva.

E questi sono proprio i tratti salienti del volume in esame («vera e propria monografia») che si segnala per la sua assoluta originalità nel senso dianzi precisato: originalità che può essere o meno condivisa, ma i cui risultati non potranno venire trascurati nei futuri scritti sull'argomento data l'assoluta serietà dell'impostazione a cavallo tra studi giuridici e studi economici.

A tale proposito l'Autrice tiene ben presente che il giurista è divenuto spettatore di una radicale trasformazione del mercato del lavoro ove la precarietà è divenuta sempre più un tratto caratterizzante i rapporti di lavoro, per cui dice assai bene che «la caducità e l'assoluta incertezza dell'esistenza umana sono enfatizzate dalla crescente precarietà dell'attività lavorativa, con ricadute devastanti sulla possibilità di realizzazione della persona nella sua completezza, quindi nella sua vita professionale e oltre» (p. 1).

Nello sviluppo dell'argomento l'indagine giuridica si innesta nell'analisi economica rilevando che non può essere altrimenti se anche di recente Ronald Dore si è posto la domanda: perché la flessibilità e la precarietà del lavoro sono così aumentati e nel contempo sono così cresciute le disuguaglianze tra i lavoratori? E, ancora: perché non organizzare il lavoro in modo diverso con minori disuguaglianze senza perdite significative in termini di efficienza?

2. — Per vero, tenendo presenti gli interrogativi posti dal grande economista post-Keinesiano sulle trasformazioni che hanno accentuato la flessibilità del lavoro e le disparità sociali, affiora fin dall'inizio della monografia in esame il motivo ispiratore della ricerca costituito dalla necessità di puntualizzare la situazione normativa sul trasferimento d'azienda caratterizzata dalla esigenza della tutela della posizione del lavoratore — con l'adattamento propositivo della classica definizione di P. O'Higgins: «il lavoratore è una merce o una risorsa» —: tutela che, secondo l'indagine storica condotta (anche qui) originalmente nell'ambito del denso primo capitolo, trova la sua fonte anche prima della formulazione dell'art. 2112 cod. civ. e che, in seguito, è all'origine della disposizione codicistica e delle sue successive modifiche provocate, da ultimo, dall'opportunità di un adeguamento della normativa «nazionale» alla normativa «comunitaria» e delle sollecitazioni provenienti dalla giurisprudenza «interna» e «comunitaria» (specie pp. 28 ss.).

Pure in tale parte dell'indagine non viene trascurato quanto dianzi realisticamente precisato — e che costituisce, insieme alla fondamentale constatazione dell'influenza della normativa comunitaria sulla normativa nazionale, il *leit motiv* della ricerca — in merito alla mutevolezza della realtà aziendale e della situazione lavorativa con l'aggiunta che tale dato costituisce il riflesso della globalizzazione dei mercati e dell'economia compreso l'immanente rischio che il giurista si lasci condizionare troppo dalle esigenze di mercato sì da incidere sui diritti fondamentali della persona. In siffatta valutazione si scorgono nelle pagine del libro della R. i risultati attenti della dottrina più moderna di «economia del lavoro» sviluppata nelle opere di L. Gallino e, in senso più estremo, di H. Hardt e di A. Negri — con l'estremistica contrapposizione tra la cd. «aristocrazia del denaro» e la cd. «democrazia della difesa dei diritti umani» —: studi ben compresi e perspicuamente utilizzati dalla R. per la soluzione del problema, che resta quello di evitare che nei frequenti problemi di esternalizzazione si utilizzino, in aprioristico contrasto con l'interesse del lavoratore, strumenti giuridici (come, appunto, il trasferimento d'azienda) — caratterizzati, invece, fin dall'origine anche dal loro aspetto di strumenti di garanzia dei prestatori di lavoro — per consentire all'imprenditore di alleggerire la struttura aziendale mediante la dismissione totale o parziale di attività e di persone.

Nella trattazione del tema specifico trovano adeguato svolgimento gli argomenti concernenti: a) la nozione di trasferimento d'azienda e di ramo d'azienda secondo il legislatore comunitario nell'ampio spettro di tempo che va dalla Direttiva del Consiglio Cee 14 febbraio 1977, n. 77/187, alla Direttiva 12 marzo 2001, n. 23/2001 (pp. 29-35); b) l'elaborazione giurisprudenziale della Corte di Giustizia anche anteriore alla «famosa» sentenza *Suzen* dell'11 marzo 1997 (pp. 36-42); c) i profili evolutivi della giurisprudenza della Cassazione (pp. 42-45).

Nel secondo capitolo — sulla posizione del singolo lavoratore rispetto al trasferimento di ramo d'azienda — si tende all'individuazione «reale» della fattispecie al cospetto della frammentazione del ciclo produttivo attuata per mezzo di «esternalizzazione» e di «internalizzazione» dell'attività aziendale, in consi-

derazione che all'operazione di esternalizzazione – *intra* o *extra moenia* – si accompagna quella di internalizzazione, che si concreta nel complesso di strumenti (vale a dire mediante un contratto di appalto o di somministrazione o di sub-fornitura) idonei a fare di nuovo acquisire all'impresa originaria i beni, i servizi e le attività esternalizzate (p. 49).

In merito alla evoluzione normativa «nazionale» e «comunitaria» al riguardo, di fronte all'incertezza interpretativa se fosse riuscita l'operazione dottrinale di forgiare una nozione autonoma di azienda a misura del diritto del lavoro e di conferire adeguata rilevanza alla distinzione tra «trasferimento d'azienda in senso cd. giuslavoristico ex art. 2112 cod. civ.» e «trasferimento d'azienda in senso cd. giuscommercialistico ex art. 2558 cod. civ.», la R. opportunamente (e sempre originalmente) rileva che «la relativa "fattispecie" deve essere considerata sostanzialmente *in fieri*; sempre che si tenga conto di quanto ritenuto in teoria generale tra "fattispecie semplice" e "fattispecie complessa" e si consideri che questa distinzione si basa sull'esistenza (o, specularmente, sull'inesistenza) di un insieme di fatti naturali e trova la sua causale solo in tale prospettiva, poiché il fatto singolo viene sempre considerato in collegamento con altri fatti ovvero con altre circostanze. Presupposto, questo, ancor più rilevante nell'ambito della definizione della "fattispecie" del trasferimento di azienda e dei riflessi di tale "fatto" nei confronti dei lavoratori occupati, in quanto – constatato che la tutela del lavoro è alla base della Costituzione (artt. 1 e 4) e che, essendo il lavoro prestato quasi sempre nell'azienda, la funzionalità-vitalità di questa è necessaria (art. 41) – debbono essere temperate le esigenze del lavoratore con quelle aziendali e, più precisamente, quelle di garantire al lavoratore la stabilità effettiva del rapporto di lavoro e di assicurare all'imprenditore la variabilità dell'assetto dell'azienda in funzione delle concrete esigenze del mercato» (p. 59).

A questo punto viene affrontata la questione nodale sulla esistenza, o meno, del diritto di opposizione del lavoratore a proseguire il rapporto con il cessionario e, al riguardo, viene sottoposta a incisiva critica la soluzione – definita assolutamente inadeguata – adottata dal nostro legislatore in sede di attuazione della Direttiva n. 98/50/Ce rispetto ai margini di discrezionalità e di operatività lasciati dalla Direttiva stessa agli Stati membri (p. 63).

Nell'ipotesi particolare del consenso dei contraenti ceduti quando l'attività economica oggetto del trasferimento si identifichi anche con «il patrimonio di conoscenza» dei lavoratori addetti al ramo d'azienda, l'Autrice introduce quello che sarà l'argomento decisivo a conferma della conclusione della ricerca: *id est* la verifica della reale sussistenza della elevata professionalità del prestatore andrebbe fatta nell'ambito delle procedure di consultazione e in sede di raggiungimento di accordi sindacali ben equilibrati e ponderati (p. 76).

Nel successivo capitolo l'indagine si sviluppa naturalmente nella disamina della questione relativa alla continuità del rapporto di lavoro in capo al cessionario e alle forme di tutela dell'eventuale dissenso del lavoratore.

In primo luogo, per stabilire quale sia la disciplina collettiva applicabile sia nel caso in cui il cessionario applichi un diverso contratto collettivo, sia che

non applichi nessun contratto collettivo, si perviene – a seguito di incisive argomentazioni sulle molteplici possibili ipotesi e della valutazione attenta di varie decisioni della Cassazione in argomento – alla conclusione a mente della quale ne esce ulteriormente rafforzata la tesi della previsione «necessitata» dei contratti collettivi «d'ingresso», come la più valida via d'uscita per impedire un mutamento peggiorativo delle condizioni di lavoro dei lavoratori coinvolti nel trasferimento (p. 82).

Di fronte, poi, alla posizione di quella parte della dottrina che configura le dimissioni quale unica forma di tutela del prestatore di lavoro, la R. si pone in senso decisamente critico – sempre al termine di corrette argomentazioni (pp. 87-95) – ritenendo le dimissioni uno strumento del tutto inadeguato in quanto equivalente a una assoluta impossibilità di scelta del lavoratore e a una perdita e/o rinuncia forzata del posto di lavoro.

Nel quarto, e conclusivo, capitolo sta il nucleo centrale della monografia che vede il diritto di informazione e di esame congiunto a favore dei sindacati sanciti dall'art. 47 della legge n. 428/1990 quali forme di tutela «forte» del lavoratore al momento del progettato trasferimento d'azienda.

Il percorso argomentativo a conferma di tale affermazione si sviluppa: a) dapprima, con la precisazione che il diritto di informazione è passato dalla fase «contrattuale» alla fase «legislativa» (pp. 102-105); b) poi, con l'intuizione che il diritto all'«esame congiunto» e alla «consultazione» rappresenta sostanzialmente un diritto alla «trattativa» quale ipotesi attuativa dell'art. 46 Cost. (pp. 106-117); c) di seguito, con la considerazione di quali siano effettivamente i soggetti sindacali titolari dei diritti *ex* art. 47 della legge n. 428/1990 in relazione, altresì, alla (ingiustamente) contestata legittimità costituzionale di tale normativa (pp. 118-132); d) infine, con la conclusione che l'inosservanza, da parte del datore di lavoro, degli obblighi *ex* art. 47 costituisce condotta antisindacale reprimibile *ex* art. 28 Stat. lav. e con la relativa specifica indicazione degli obblighi datoriali reprimibili (pp. 133-148).

Sono queste pagine dense di molteplici e rilevanti questioni che non possono essere qui trattate con poche battute se non a patto di sottovalutare i risultati così importanti a cui perviene l'accurata e impegnata ricerca al termine dell'originale verifica delle contrastanti opinioni della letteratura giuridica e della produzione giurisprudenziale in argomento. Esemplare sotto tale profilo è la presa di posizione – convinta e argomentata – nella diatriba dottrinale sulla rilevanza «collettiva» o anche «individuale» dell'ordine giudiziario *ex* art. 28 per pervenire alla conclusione che, «in sostanza, la rimozione degli effetti della riconosciuta condotta antisindacale non può che essere realizzata sanzionandosi la nullità del trasferimento concluso in violazione dell'art. 47, anche perché – dovendo, in linea di massima, intervenire la procedura *ex* art. 28 al momento del “progettato” trasferimento (e, quindi, prima della sua attuazione) – la rimozione degli effetti collegata alla decisione giudiziale non può che consistere nel divieto di procedere alla messa in atto del provvedimento traslativo *in fieri*».

La risoluzione della questione, sviluppata dalla R. in meditata critica all'opinione che sottovaluta una rilevanza individuale (nel senso di interesse individuale del singolo lavoratore colpito dal trasferimento) nella tutela *ex art.* 28 prevista dall'*art.* 47, che avrebbe rilevanza meramente sindacale (nel senso di interesse collettivo del sindacato), si ricollega a quanto dinanzi diffusamente osservato sul contenuto effettivo della norma immessa nel nostro ordinamento allo scopo proclamato di dare attuazione alle disposizioni comunitarie in materia di trasferimento di azienda.

E proprio dalle direttive comunitarie viene tratta dall'Autrice la definitiva conferma che la tutela, al momento del prospettato trasferimento di azienda, è garantita a favore dei lavoratori colpiti dal provvedimento traslativo in base al comma 5 della Direttiva n. 77/187/Cee del 14 febbraio 1997 e al comma 6 della successiva Direttiva n. 98/50/Ce del 29 giugno 1998 (di cui al d.lgs. di attuazione 2 febbraio 2001, n. 18), con l'espressa previsione di un diritto dei singoli lavoratori a una corretta e completa informazione nel caso di impossibilità fattuale di intervento sindacale.

«Anche se la normativa comunitaria, osserva la R., si riferisce (per il riconoscimento ai lavoratori interessati del diritto di informazione sindacale) a un eventuale "arbitrato", dall'attuazione della stessa da parte del nostro Stato mediante il procedimento *ex art.* 28 consegue – e non si può che concordare con tale meditata intuizione – che la tutela "in quel caso" del singolo lavoratore debba comunque essere garantita dall'ordinamento e, pertanto, che nello schema del procedimento *ex art.* 28 si venga così a realizzare la tutela dell'interesse individuale del lavoratore colpito da un trasferimento di azienda sostanzialmente *contra legem*». Per cui, in definitiva, «proprio per la questione della tutela del lavoratore nel trasferimento di azienda, dalla normativa comunitaria emerge e, sotto alternativo e speculare profilo, deriva la conferma di come la tutela del lavoratore si qualifichi e si sostanzi in una "tutela forte" – affidata all'azione sindacale intesa al rafforzamento della posizione individuale dei lavoratori coinvolti dal "progettato" trasferimento – e, quindi, trovi accentuazione il rilievo che "lo spirito del diritto del lavoro" si affianca in modo prevalente "alla materialità del mercato"» (p. 169).

3. — Delineato il contenuto del volume con accenno necessariamente sbrigativo alle tante questioni accuratamente trattate e alle soluzioni persuasivamente indicate al termine di complesse argomentazioni, si deve confermare l'originalità dell'indagine in quanto sviluppata – come doveva essere – tenendo ben presente il rapporto tra diritto ed economia (in generale, da ultimo, cfr. N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 2000; P. Ichino, *Lezioni di diritto del lavoro. Un approccio di labor law and economics*, Milano, 2005). In tal senso è sommarmente importante che la ricerca della R. si muova dalla constatazione – presente in ogni punto del suo lavoro – del condizionamento che le esigenze del mercato esercitano sulle scelte del legislatore e sull'opera dell'interprete e, nel contempo, dall'esigenza che venga garantita la stabilità del rapporto di lavoro in quanto condizione imprescindibile per la formulazione di qualsiasi progetto di

vita per lo svolgimento della personalità del lavoratore nell'impresa con l'imminente presenza – ed è questo un punto fondamentale dell'opera – del sindacato quale tipica società intermedia espressamente prevista dalla Costituzione.

Per l'aspetto formale si ribadisce che l'esposizione risulta estremamente chiara (indice, questo, di una esemplare chiarezza di idee) ed essenziale, per cui si può ben dire che ogni pagina del libro non appaia superflua e non sia comunque da pretermettere: «stile» da porre in positivo risalto a raffronto di tante monografie di giovani Autori caratterizzate da ridondanti e prolisse argomentazioni e da continue ripetizioni concettuali.

L'essenzialità della densa opera della R. può portare – corre, qui, l'obbligo di rilevarlo criticamente – a delle imprecisioni come quella riscontrabile a p. 143 – ove il riferimento all'art. 47 della legge n. 428/1990 deve intendersi a tale norma siccome modificata dall'art. 2 del d.lgs. n. 18/2001, tenuto ben presente dall'Autrice in tanti punti della sua indagine – e l'altra rilevabile a p. 149 – ove l'affermazione sul fatto che non si siano verificati interventi legislativi successivi alla legge n. 428 intesi a «immutare» l'impianto normativo in materia è da intendersi di «immutazione in senso sostanziale», come ben si evince da tutto il contenuto dell'opera. Ma sono queste mende sicuramente marginali e, sotto un diverso (sostanziale) angolo visuale, anche apprezzabili in quanto confermano la dote di sinteticità espositiva della R.

4. — Si è detto che «una recensione debba essere motivata o dalla rilevanza dell'oggetto o dalla linea culturale dell'organo cui egli appartiene o dalla linea culturale che il recensore segue o si è dato e che vuol esplicitare attraverso l'organo di informazione cui appartiene: in questa prospettiva il recensore si aspetta molte cose dall'oggetto da recensire (G. Alpa, in *RTDPC*, 2002, p. 196)».

Così, paradossalmente e giustamente, il recensore diventa «più critico» per le opere di Autori che appartengono alla propria linea culturale, ma – ed è questo il naturale rovescio della medaglia – non può che essere scientificamente appagato (e particolarmente lieto di darne conto) quando l'opera da recensire costituisce un «prodotto» meritevole a tutti gli effetti.

Questo è proprio il caso della monografia di Alessandra Raffi, che si identifica nella linea culturale del recensore per l'appartenenza alla stessa Scuola che fa capo a Giorgio Ghezzi.

Il riferimento al comune Maestro consente di confermare – sapendolo per certo – che Egli ha seguito (come era solito fare per tutti i libri dei Suoi «veri» allievi) la monografia della R. in tutta la sua complessa elaborazione e ha avuto quale ultimo estremo dono (particolarmente gradito) la copia edita del libro, sicché la pagina più bella della *Tutela del lavoratore nel trasferimento d'azienda tra normativa nazionale e normativa comunitaria* resta quella della «dedica» con l'accostamento delle parole di Giorgio Ghezzi a quelle di J. L. Borges quale «testimonia di riconoscenza della Sua «più piccola» allieva, a conferma che nel Suo incomparabile magistero – per le tante «cose migliori» che ha detto e «cose nuove» che dirà – sta il germe non disseccato della giovinezza».